

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La sustitución procesal: análisis crítico

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Bárbara Sánchez López

DIRECTORES

**Andrés de la Oliva Santos
Fernando Gascón Inchausti**

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La sustitución procesal: análisis crítico

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ

Directores
ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS
FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

Madrid, 2015

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| ÍNDICE..... | 1 |
| ABREVIATURAS JURÍDICAS..... | 9 |
| ABSTRACT | 13 |
| INTRODUCCIÓN JUSTIFICACIÓN DE UN ESTUDIO SOBRE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS | 17 |
| 1. LA IMPRECISIÓN Y LA AMBIGÜEDAD DE LA FIGURA DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL | 17 |
| 2. LA OPORTUNIDAD DE UN ESTUDIO SOBRE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL | 23 |
| 2.1. <i>La aparición de nuevas formas de legitimación extraordinaria y/o de tutela....</i> | <i>24</i> |
| 2.2. <i>La consagración legal de las formas de legitimación y/o de tutela extraordinaria en el proceso civil español.....</i> | <i>27</i> |
| 3. EL OBJETO DE ESTA TESIS Y LOS MÉTODOS EMPLEADOS. ESBOZO DEL PLAN SEGUIDO..... | 29 |

PARTE I

LA SUSTITUCIÓN PROCESAL. SU PROGRESIVA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO I. A SUSTITUCIÓN PROCESAL COMO FIGURA MODERNA Y DE PAULATINA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA | 39 |
|---|-----------|

| | |
|---|----|
| 1. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL COMO CONCEPTO | 39 |
| 2. APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA EUROPEA | 40 |
| 3. MOMENTOS SEÑALADOS EN LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN PROCESAL | 43 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO II. LA DETECCIÓN DEL FENÓMENO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA DOCTRINA ALEMANA | 45 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----------|
| 1. EL ORIGEN DE LA FIGURA DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA EMERGENTE DOCTRINA PROCESALISTA DE FINALES DEL SIGLO XIX. SU FALTA DE ANTECEDENTES CON ANTERIORIDAD A JOSEF KOHLER | 45 |
| 2. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y EL DERECHO ROMANO | 49 |
| 2.1. <i>La irrelevancia de la noción de legitimación en el Derecho romano</i> | <i>49</i> |
| 2.2. <i>La representación romana: peculiaridades y diferencias con la sustitución procesal</i> | <i>50</i> |
| 3. LA INEXISTENCIA DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN EL <i>IUS COMMUNE</i> | 53 |
| 3.1. <i>Regulación de los sujetos en el Derecho histórico español. Las leyes de Partidas de Alfonso X</i> | <i>55</i> |
| 3.2. <i>El «hallazgo» y la reelaboración moderna de la legitimatio ad causam en el Ius Commune.....</i> | <i>59</i> |
| 4. JOSEF KOHLER Y SU NOCIÓN DE <i>PROZEßSTANDSCHAFT</i> | 62 |
| 4.1. <i>Algunas consideraciones previas sobre la noción de Prozeßstandschaft de Kohler .</i> | <i>63</i> |
| 4.2. <i>Caracteres definitorios de la Prozeßstandschaft de Kohler</i> | <i>64</i> |
| 4.3. <i>Elenco de los supuestos de Prozeßstandschaft detectados por Kohler.....</i> | <i>67</i> |

| | | |
|------|--|----|
| 4.4. | <i>Tratamiento jurídico-procesal de la Prozeßstandschaft</i> | 68 |
| 5. | LA DIFUSIÓN DE LA <i>PROZEßSTANDSCHAFT</i> A TRAVÉS DE FRIEDRICH STEGEMANN Y, SOBRE TODO, DE KONRAD HELLWIG..... | 68 |
| 6. | LAS APLICACIONES POSTERIORES DE LA NOCIÓN DE SUSTITUCIÓN PROCESAL EN ALEMANIA. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA NOCIÓN DE LEGITIMACIÓN EN EL PROCESALISMO CIVIL ALEMÁN. | 71 |
| 6.1. | <i>La sustitución procesal y la teoría concreta de la acción civil en la obra de Goldschmidt</i> | 71 |
| 6.2. | <i>La teoría abstracta sobre la acción y la sustitución procesal. La obra de Rosenberg</i> | 76 |

CAPÍTULO III. LA FORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE «SOSTITUZIONE PROCESSUALE» POR GIUSEPPE CHIOVENDA Y SU RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ITALIANA..... 80

| | | |
|--------|--|-----|
| 1. | LA ELABORACIÓN CHIOVENDIANA SOBRE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y SU POSTERIOR DESARROLLO EN LA DOCTRINA ITALIANA | 80 |
| 2. | LA « <i>SOSTITUZIONE PROCESSUALE</i> » EN LA OBRA DE GIUSEPPE CHIOVENDA..... | 80 |
| 3. | LAS TEMPRANAS OPINIONES CRÍTICAS A LA <i>SOSTITUZIONE PROCESSUALE</i> DE CHIOVENDA | 86 |
| 3.1. | <i>La primera posición crítica de Galante</i> | 86 |
| 3.2. | <i>Enrico Redenti y su legitimación extraordinaria</i> | 87 |
| 3.3. | <i>Ugo Rocco y la acción en sentido abstracto</i> | 88 |
| 3.4. | <i>Las observaciones críticas de Antonio Segni en torno a la sustitución procesal</i> 90 | |
| 3.4.1. | Hipótesis ajenas a la figura de la sustitución procesal | 90 |
| 3.4.2. | La figura del usufructo como posible hipótesis de ejercicio de un derecho ajeno | 91 |
| 3.4.3. | La determinación de la legitimación en atención a la tutela pretendida | 93 |
| 3.4.4. | Los supuestos de sustitución procesal vistos por SEGNI..... | 95 |
| 3.4.5. | La sustitución procesal y la intervención procesal. Crítica a la sustitución procesal «accesoria» | 96 |
| 3.4.6. | El valor negativo de la sustitución procesal en la doctrina de la intervención y de la representación | 97 |
| 3.5. | <i>La falta de razón de ser de la categoría de sustitución procesal según Salvatore Satta</i> 98 | |
| 4. | LA <i>SOSTITUZIONE PROCESSUALE</i> Y LOS INTENTOS POR ELABORAR UNA TEORÍA GENERAL DE LA LEGITIMACIÓN. LA LABOR DE FRANCESCO CARNELUTTI Y DE EMILIO BETTI | 101 |
| 4.1. | <i>Francesco Carnelutti y la noción de sustitución procesal</i> | 102 |
| 4.1.1. | El concepto de parte en el pensamiento de CARNELUTTI | 102 |
| 4.1.2. | La legitimación y sus clases según CARNELUTTI | 103 |
| 4.1.3. | La caracterización de la sustitución procesal en CARNELUTTI..... | 103 |
| 4.2. | <i>Emilio Betti y la noción de sustitución procesal</i> | 110 |
| 4.2.1. | La legitimación en el proceso civil y sus clases según BETTI..... | 110 |
| 4.2.2. | La sustitución procesal bettiana y sus características | 112 |
| 5. | ENRICO ALLORIO Y LA FALTA DE «ALARGAMIENTO» DE LA COSA JUZGADA AL SUSTITUIDO..... | 113 |
| 6. | LA OBRA DE GARBAGNATI TRAS LA POSITIVIZACIÓN DE LA <i>SOSTITUZIONE PROCESSUALE</i> EN EL ARTÍCULO 81 DEL <i>CODICE DI PROCEDURA CIVILE</i> | 119 |
| 6.1. | <i>La legitimación y sus clases en el proceso civil según Garbagnati</i> | 120 |
| 6.2. | <i>La sustitución procesal y la legitimación en la obra de Garbagnati</i> | 122 |
| 6.3. | <i>El fundamento de la sustitución procesal</i> | 126 |
| 6.4. | <i>El objeto de la acción del sustituto</i> | 127 |
| 6.5. | <i>Los poderes procesales del sustituto</i> | 128 |

| | | |
|------|--|-----|
| 6.6. | <i>La sustitución procesal y la participación en el proceso del sustituido</i> | 129 |
| 6.7. | <i>La sustitución procesal y la cosa juzgada</i> | 132 |
| 6.8. | <i>La sustitución procesal y los recursos: posibilidad de una sustitución procesal ad recursum</i> | 134 |
| 7. | LA DIFUSIÓN DE LA FIGURA DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA DOCTRINA ITALIANA. EN PARTICULAR, LOS INTENTOS POR EXPORTARLA AL PROCESO PENAL | 135 |
| 7.1. | <i>Los conceptos de «parte» y de «legitimación» en el proceso penal</i> | 137 |
| 7.2. | <i>Razones para la inadmisibilidad de la sustitución procesal en el proceso penal</i> | 138 |
| 7.3. | <i>Algunos intentos por detectar supuestos de sustitución procesal en el proceso penal por la doctrina italiana</i> | 141 |
| 7.4. | <i>La inexistencia de supuestos de sustitución procesal en el ordenamiento procesal penal español</i> | 146 |

CAPÍTULO IV. LA RECEPCIÓN Y EL DESARROLLO DOCTRINALES DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN ESPAÑA..... 147

| | | |
|--------|---|-----|
| 1. | LA INTRODUCCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN ESPAÑA DE LA MANO DE PRIETO—CASTRO Y DE ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO | 147 |
| 2. | LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA OBRA DE PRIETO—CASTRO | 151 |
| 3. | LA DIFUSIÓN DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA DOCTRINA CLÁSICA ESPAÑOLA DE MEDIADOS DEL SIGLO XX | 157 |
| 3.1 | <i>Guasp y la legitimación indirecta</i> | 157 |
| 3.2. | <i>Las alusiones de Fenech a la legitimación indirecta</i> | 159 |
| 3.3. | <i>El laconismo de Fairén en materia de sustitución procesal</i> | 159 |
| 3.4. | <i>La legitimación por sustitución en la obra de Gómez Orbaneja</i> | 160 |
| 4. | LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA DOCTRINA PROCESALISTA ANTERIOR A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000 | 163 |
| 4.1. | <i>La sustitución procesal en la década de los setenta. Los trabajos de Morón Palomino y de Cordón Moreno</i> | 163 |
| 4.2. | <i>La sustitución procesal y la teoría concreta de la acción en España</i> | 172 |
| 4.3. | <i>La sustitución procesal y la teoría abstracta de la acción en España</i> | 176 |
| 4.3.1. | La sustitución procesal en la obra de Juan MONTERO AROCA | 177 |
| 4.3.2. | MORENO CATENA y la noción de sustitución procesal | 182 |
| 4.3.3. | La visión de RAMOS MÉNDEZ sobre la sustitución procesal | 183 |
| 5. | LA DOCTRINA ACTUAL ESPAÑOLA Y LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL | 186 |
| 6. | LAS CONTRIBUCIONES MONOGRÁFICAS AL ESTUDIO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL DE JORDI NIEVA FENOLL Y DE JUAN CARLOS CABAÑAS GARCÍA | 190 |
| 6.1 | <i>La sustitución procesal analizada desde diferentes premisas conceptuales</i> | 190 |
| 6.2. | <i>Concepto y caracteres de la sustitución procesal o legitimación indirecta</i> | 194 |
| 6.3. | <i>Contenido de la sustitución procesal o legitimación indirecta</i> | 197 |
| 6.4 | <i>Peculiaridades más significativas del régimen jurídico-procesal de la sustitución procesal o legitimación indirecta</i> | 199 |
| 6.4.1. | Presencia y ausencia del sustituido en el proceso. Sus poderes y facultades procesales | 199 |
| 6.4.2. | El objeto del proceso | 202 |
| A) | La pretensión o pretensiones del sustituto | 202 |
| B) | El carácter complejo del objeto del proceso, según NIEVA FENOLL | 202 |

| | | |
|------|---|-----|
| 1º) | Pretensión relativa a la procedencia de la sustitución procesal | 203 |
| 2º) | Pretensión relativa a la actuación del derecho o interés ajeno | 204 |
| 3º) | Viabilidad de la acumulación objetiva entre ambas pretensiones | 204 |
| 4º) | Eventual acumulación de otras pretensiones | 205 |
| C) | Contestación a la demanda y excepciones oponibles por el demandado | 206 |
| 1º) | Oponibilidad de las excepciones «demanantes del interés objeto del litigio» | 206 |
| 2º) | Oponibilidad de las excepciones personales del demandado frente al titular sustituido o «nacidas de la relación controvertida» | 207 |
| 3º) | Inoponibilidad al sustituto de las excepciones personales que el demandado tenga frente a él..... | 208 |
| D) | Las facultades dispositivas de los sujetos en particular | 208 |
| 1º) | Las facultades dispositivas del sustituto procesal | 209 |
| 2º) | Las facultades dispositivas del titular sustituido | 210 |
| 6.5. | <i>Los efectos económicos del proceso. La condena en costas</i> | 213 |
| 6.6. | <i>Cosa juzgada material y sustitución procesal</i> | 216 |
| 6.7. | <i>La sustitución procesal y los medios de impugnación</i> | 219 |

PARTE II

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO V. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LAS COORDENADAS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL..... | 223 |
| 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN EL PROCESO CIVIL..... | 224 |
| 2. DEL «EJERCICIO JUDICIAL» DEL DERECHO SUBJETIVO AL DEBER DEL ESTADO DE PRESTAR LA TUTELA JUDICIAL | 226 |
| 2.1. <i>La confusa expresión «ejercicio de los derechos subjetivos»</i> | 226 |
| 2.2. <i>La polémica sobre el «derecho de acción»: breve recordatorio</i> | 230 |
| 2.2.1. Génesis de la discusión en torno a la acción civil | 230 |
| 2.2.2. Conceptos abstracto y concreto de la acción civil..... | 231 |
| 2.2.3. La acción civil en sentido concreto: defensa de su validez actual | 232 |
| 2.2.4. Requisitos o condiciones de la acción civil, en sentido concreto..... | 236 |
| 2.3. <i>El deber del Estado de prestar la tutela judicial y el artículo 24.1 CE</i> | 239 |
| 3. «PARTE PROCESAL LEGÍTIMA» Y «LEGITIMACIÓN» EN EL PROCESO CIVIL | 242 |
| 3.1. <i>El artículo 10 LEC y la consideración de «parte procesal legítima»</i> | 243 |
| 3.2. <i>La legitimación en el marco de las teorías sobre el «derecho de acción» en el proceso civil</i> | 246 |
| 3.2.1. El «derecho de acción» y la subjetivización de la tutela concreta: la legitimación como condición de la acción..... | 249 |
| 3.2.2. Impostación de la legitimación en el «derecho al proceso»: la iniciativa y el desarrollo del proceso declarativo civil | 252 |
| 4. LA «LEGITIMACIÓN PROCESAL» Y LA «LEGITIMACIÓN MATERIAL» EN EL ARTÍCULO 10 LEC | 254 |
| 4.1. <i>La legitimación procesal o in statu manifestationis</i> | 256 |
| 4.2. <i>La falta de legitimación procesal in statu manifestationis</i> | 260 |
| 4.3. <i>La legitimación en el párrafo segundo del artículo 10 LEC: ¿legitimación in statu manifestationis o legitimación material?</i> | 263 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 5. | LA DIVISIÓN FORMAL ENTRE LA LEGITIMACIÓN ORDINARIA Y LA EXTRAORDINARIA EN EL ARTÍCULO 10 LEC: CRITERIO MERAMENTE CONVENCIONAL EN RELACIÓN CON UN TRATAMIENTO PROCESAL ANTICIPADO | 265 |
| 5.1. | <i>Legitimación ordinaria y afirmación de la titularidad de la «relación jurídica u objeto litigioso»</i> | 268 |
| 5.1.1. | Legitimación ordinaria y afirmación de la subjetividad de la relación jurídica litigiosa | 269 |
| 5.1.2. | Legitimación ordinaria y afirmación de titularidad del «objeto litigioso» | 272 |
| 5.1.3. | El «interés legítimo» como posición legitimante en el Derecho privado | 275 |
| 5.2. | <i>Caracterización legal de la legitimación extraordinaria o indirecta</i> | 276 |
| 5.2.1. | La característica de la “explícita ajenidad” de la atribución subjetiva del derecho material o relación jurídica deducidos en el proceso por el legitimado extraordinario | 277 |
| 5.2.2. | El carácter legal de la legitimación extraordinaria | 278 |
| 5.2.3. | Especies del género de legitimación extraordinaria | 280 |
| 5.3. | <i>La legitimación extraordinaria y los sujetos de la prueba</i> | 280 |
| 5.3.1. | El artículo 301. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre los sujetos del interrogatorio de las partes | 280 |
| 5.3.2. | El concepto de «tercero» a efectos de presentación de documentos: el artículo 330. 2 LEC | 287 |
| 6. | COLOFÓN: LOS EQUÍVOCOS EN TORNO A LA «SUSTITUCIÓN PROCESAL» Y EL «HUEVO DE COLÓN» | 289 |

CAPÍTULO VI. EL HÁBITAT DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL: SUSTITUCIÓN Y TUTELA DEL CRÉDITO..... 297

SECCIÓN I. ACCIÓN SUBROGATORIA, SUSTITUCIÓN PROCESAL Y ARTÍCULO 1111 CC

| | | |
|--------|---|-----|
| 1. | CONSIDERACIONES PREVIAS | 297 |
| 2. | LA HISTORICIDAD DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA | 300 |
| 2.1. | <i>¿Ubicación de sus orígenes en el Derecho común francés? Condicionamiento en el período codificador</i> | 300 |
| 2.2. | <i>La evolución española y su vinculación a la excussio bonorum del deudor intermedio</i> | 303 |
| 2.3. | <i>El pignus in causa iudicati captum romano y el Edictum VII de Justiniano</i> | 308 |
| 3. | EL FUNDAMENTO Y LAS EQUÍVOCAS FUNCIONES DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA “AUTONÓMA” | 319 |
| 3.1. | <i>Del “derecho de prenda” del deudor a su situación de sujeción a deberes jurídicos</i> | 319 |
| 3.2. | <i>¿Carácter satisfactivo o no satisfactivo? Finalidad reintegrativa</i> | 322 |
| 3.3. | <i>Relatividad de las funciones de la acción subrogatoria</i> | 326 |
| 4. | PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 1111 CC | 328 |
| 4.1. | <i>La preexistencia de un derecho del acreedor frente al deudor. Primeros equívocos</i> | 329 |
| 4.1.1. | Las cargas de alegación y de prueba del acreedor. El “auxilio” de las diligencias preliminares | 329 |
| 4.1.2. | Naturaleza dineraria del derecho del acreedor el artículo 1111 CC. La ¿(in)compatibilidad? de otros derechos con la función de reintegración <i>universal</i> patrimonial | 333 |
| A) | Acreedores dotados de un derecho real de garantía. La relación intrínseca entre la garantía específica y la responsabilidad directa del deudor hipotecario o pignoraticio | 334 |

| | | |
|--------|--|-----|
| B) | Acreeedores de prestaciones específicas, condicionales y a término. El «quid» de la desviación de la función de conservación del patrimonio del deudor: la acción subrogatoria como mecanismo de prevención de la insolvencia | 337 |
| 1º) | Consideraciones especiales sobre estas situaciones jurídicas | 337 |
| 2º) | Argumentos favorables al mecanismo subrogatorio | 338 |
| 3º) | ¿(In)compatibilidad del artículo 1111 CC frente a la recuperación de la <i>eadem res</i> debida al acreedor? | 341 |
| 4º) | Objeciones al ejercicio de la acción subrogatoria como medio para obtener la <i>eadem res</i> debida al acreedor | 343 |
| 5º) | Influencia de la LEC en esta materia | 348 |
| C) | ¿Vencimiento y exigibilidad del derecho del acreedor? La necesidad de distinguir entre acreedores dinerarios y adquirentes o acreedores sub conditione | 351 |
| 1º) | Acreeedores a término | 351 |
| 2º) | Acreeedores o adquirentes sometidos a condición suspensiva | 352 |
| 3º) | Acreeedores sometidos a condición resolutoria | 361 |
| 4.1.3. | Acción subrogatoria y situaciones concursales. Remisión | 362 |
| 4.2. | <i>La previa excusión de bienes del deudor intermedio</i> | 364 |
| 4.2.1. | La <i>ratio iuris</i> del requisito de excusión de bienes y su flexibilización jurisprudencial .. | 364 |
| 4.2.2. | Argumentos favorables a su exigencia <i>secundum legem</i> | 366 |
| 4.2.3. | La falta actual de acomodo de la acción subrogatoria en el embargo de créditos | 368 |
| 4.2.4. | Embargo de derechos no fácilmente realizables y las medidas de garantía y de realización: los ejemplos italiano y alemán | 370 |
| 4.2.5. | <i>Quid</i> en España? Remisión a las consideraciones <i>de lege ferenda</i> para un desarrollo del artículo 1111 CC | 372 |
| 5. | EL OBJETO DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA Y LOS «DERECHOS Y ACCIONES» DEL DEUDOR INTERMEDIO .. | 375 |
| 5.1. | <i>Más equívocos en torno a la «acción» subrogatoria y a los «derechos y acciones» que constituyen su objeto</i> | 375 |
| 5.2. | <i>La lectura civilista del «ejercicio de los derechos y acciones» del deudor intermedio</i> | 378 |
| 5.3. | <i>La lectura procesalista que devuelve la interpretación del objeto del proceso de la acción subrogatoria y los derechos y acciones excluidos del artículo 1111 CC.</i> | 382 |
| 5.3.1. | Extrapatrimonialidad y acciones constitutivas de estado y capacidad de las personas | 383 |
| 5.3.2. | Inembargabilidad del bien o derecho del deudor intermedio | 385 |
| 5.3.3. | El carácter personalísimo de algunas prerrogativas del deudor intermedio. La «inherencia personal» de algunos «derechos y acciones» | 387 |
| 1º) | Daños y perjuicios por intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen | 387 |
| 2º) | Indemnización por daños morales | 388 |
| 3º) | Derecho de alimentos legales entre parientes | 388 |
| 4º) | Otros derechos y facultades del deudor intermedio. En especial, las acciones impugnatorias de contratos | 389 |
| 5.4. | <i>¿Ejercicio subrogado de las «excepciones» del deudor intermedio? La intervención procesal adhesiva simple de los acreedores de las partes y lectura correctora. la falta de incidentes de oposición de terceros en la ejecución</i> | 393 |
| 5.5. | <i>¿Encadenamiento de «acciones subrogatorias»? La consagración de un error «histórico»</i> | 399 |
| 6. | ¿NATURALEZA JURÍDICA? DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA | 405 |
| 6.1. | <i>Primeras teorías civilistas</i> | 405 |
| 6.2. | <i>La teoría de la representación</i> | 405 |

| | |
|--|-----|
| 6.3. <i>Impostación en el ordenamiento privado (I): de la «acción» a la «sustitución procesal» y a la «legitimación» extraordinaria del acreedor</i> | 408 |
| 6.3.1. Origen de las teorías procesalistas. La acción subrogatoria como <i>acción</i> | 408 |
| 6.3.2. La acción subrogatoria como supuesto de sustitución procesal o de legitimación extraordinaria | 412 |
| 6.4. <i>Impostación en el Derecho privado (II): la «acción» subrogatoria al servicio del embargo de derechos controvertidos por el deudor deudoris</i> | 416 |
| 6.4.1. La ¿existencia? de un poder jurídico-material de sustitución inherente al derecho de crédito | 417 |
| 6.4.2. La acción subrogatoria como poder procesal auxiliar: su carácter extrínseco y su naturaleza procesal | 420 |
| A) El fundamento sustantivo de la acción subrogatoria | 421 |
| B) El carácter procesal del remedio y su relación con el embargo del crédito del deudor | 423 |
| C) La aplicación territorial de la “acción” subrogatoria: el embargo internacional de créditos | 428 |
| 7. <i>CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA SOBRE LA ACCIÓN SUBROGATORIA</i> | 431 |
| 7.1. <i>La «sustitución procesal» en la acción subrogatoria</i> | 431 |
| 7.2. <i>La conveniencia de un replanteamiento sobre la acción subrogatoria</i> | 435 |
| 7.3. <i>Jurisdicción y competencia en la acción subrogatoria sin elemento extranjero</i> | 436 |
| 7.4. <i>Eficacia jurídico-material de la sentencia y límites subjetivos de la cosa juzgada material en la “acción” subrogatoria</i> | 442 |

SECCIÓN II. SUSTITUCIÓN Y MASAS PATRIMONIALES

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 452 |
| 2. SUSTITUCIÓN, MASAS HEREDITARIAS Y COMUNIDADES DE BIENES | 454 |
| 2.1. <i>La solución técnico–procesal de la personalidad procesal transitoria de las masas hereditarias</i> | 454 |
| 2.2. <i>La incertidumbre procesal de las comunidades de bienes pro indiviso. De la legitimación activa “indirecta” de uno solo de los comuneros en sustitución de los restantes a la posible existencia de una representación tácita, en defecto de nombramiento de administrador</i> | 457 |
| 3. SUSTITUCIÓN, MASA CONCURSAL Y LEGITIMACIONES SUBSIDIARIAS | 465 |
| 3.1. <i>El régimen de autorizaciones de la administración concursal</i> | 466 |
| 3.2. <i>La sustitución de la masa concursal y la «legitimación» de la administración concursal</i> | 467 |
| 3.2.1. La administración concursal como órgano necesario y representativo del concurso .. | 469 |
| 3.2.2. La masa concursal como sujeto transitorio de derechos y sustituto de los intereses individuales del concursado e, invariablemente, de los derechos e intereses de los acreedores singulares | 471 |
| 3.3. <i>Las legitimaciones subsidiarias concursales</i> | 475 |
| 3.3.1. La acción subrogatoria de la administración concursal o su legitimación <i>subsidiaria</i> en las acciones paraconcursoales del deudor | 476 |
| 3.3.2. La acción subrogatoria de los acreedores singulares o su legitimación subsidiaria para deducir pretensiones de carácter patrimonial atinentes al concursado | 477 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO VII. ADELGAZAMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL..... | 479 |
| 1. SUSTITUCIÓN PROCESAL Y DERECHOS REALES LIMITADOS | 479 |
| 1.1. <i>El anacronismo de la legitimación por sustitución del acreedor pignoraticio y del usufructuario de cosa fructífera</i> | 479 |
| 1.1.1. <i>El error del artículo 507 CC y su consagración en la Ley de Jurisdicción Voluntaria: la decapitación del jinete de bronce</i> | 480 |
| 2. LA FIGURA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN EL PROCESO | 484 |
| 2.1. <i>Aproximación a la figura de la gestión de negocios ajenos y a los problemas de su eficacia representativa</i> | 487 |
| 2.1.1. Requisitos de la gestión de negocios ajenos..... | 488 |
| 2.1.2. Teorías sobre los efectos de la gestión de negocios ajenos | 489 |
| 2.2. <i>Inadmisibilidad de la gestión representativa sin poder en el proceso civil español</i> | 492 |
| 2.3. <i>Falta de preexistencia de los elementos de la gestión oficiosa y la consecuente ausencia de legitimación del gestor.....</i> | 494 |
| 2.4. <i>Separación entre gestión de negocios ajenos y sustitución procesal</i> | 497 |
| 3. EL PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN LAS RECLAMACIONES DE HONORARIOS | 497 |
| 4. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ... | 500 |
| 4.1. <i>La posición de las entidades de gestión respecto de los derechos de la propiedad intelectual de gestión colectiva forzosa</i> | 502 |
| 4.1.1. La gestión colectiva forzosa de los derechos de remuneración y de participación del titular | 504 |
| 4.1.2. La gestión colectiva del “derecho” de autorización y de comunicación pública por cable | 507 |
| 4.1.3. La gestión colectiva del repertorio de la entidad | 509 |
| 4.2. <i>La modalidad voluntaria de la gestión colectiva</i> | 512 |
| 4.3. <i>La posición del cesionario y del autor respecto de los derechos patrimoniales de explotación de la obra</i> | 516 |
| 5. ACCIONES DIRECTAS EN MATERIA DE CONTRATOS | 517 |
| 5.1. <i>Las acciones directas del arrendador frente al subarrendatario</i> | 519 |
| 5.2. <i>La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra</i> | 520 |
| 5.3. <i>La acción directa del mandante frente al submandatario</i> | 523 |
| 5.4. <i>Las acciones directas en el contrato de seguro de responsabilidad civil</i> | 524 |
| 6. ACCIÓN DE CESACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS | 528 |
| 7. LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y DE TERCEROS CON INTERÉS LEGÍTIMO PARA PEDIR LA NULIDAD DEL MATRIMONIO | 532 |
| 8. EL “ALBACEA DE LA MEMORIA DEL DIFUNTO” Y EL “ALBACEA ARTÍSTICO” | 535 |
| 8.1. <i>El ejercicio post mortem de las acciones relativas al honor, a la intimidad y a la propia imagen a través del “defensor de la memoria”</i> | 535 |
| 8.2. <i>La defensa de los derechos morales del autor fallecido: el albacea artístico</i> | 538 |
| 9. RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE MAYORES DE EDAD. | 540 |
| CONCLUSIONES | 543 |
| BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA | 549 |

ABREVIATURAS JURÍDICAS

| | |
|-------------------|--|
| AEAT | Agencia Española de Administración Tributaria |
| AP | Audiencia Provincial |
| AAP | Auto de Audiencia Provincial |
| ATC..... | Auto del Tribunal Constitucional |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| BGB | Código Civil alemán (<i>Bürgerlicher Gesetzbuch</i>) |
| BOCG..... | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil |
| CCo | Código de Comercio |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales |
| <i>CcFr</i> | <i>Code Civil</i> (Francia) |
| <i>CcIt</i> | <i>Codice civile</i> (Italia) |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CP | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal |
| <i>Cpc</i> | <i>Codice di procedura civile</i> (Italia) |
| DA..... | Disposición Adicional |
| DF | Disposición Final |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| DT | Disposición Transitoria |
| DUDH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| LAU | Ley de Arrendamientos Urbanos |
| LBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local |
| LC | Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal |
| LCCH | Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque |
| LCD | Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal |

| | |
|--------------|--|
| LCGC | Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación |
| LCS | Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro |
| LDC..... | Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia |
| LECA | Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LGDCU | Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias |
| LGT | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |
| LH | Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria |
| LM | Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas |
| LOPCDH | Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen |
| LRCSVM | Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor |
| LSA | Real Decreto Legislativo de 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas |
| LSC | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital |
| LSRL | Ley 2/ 1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada |
| LOPJ | Ley Orgánica 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial |
| LP | Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes |
| LPAT..... | Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. |
| LPH | Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal |
| LPI | Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual |

| | |
|-------------|---|
| LVPBM | Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles |
| MF..... | Ministerio Fiscal |
| PIDCP..... | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| RDLeg | Real Decreto Legislativo |
| RDLeY | Real Decreto Ley |
| RGR | Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación |
| ROF..... | Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales |
| ROJ | Repertorio Oficial de Jurisprudencia |
| SAP | Sentencia Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STSJ | Sentencia de Tribunal Superior de Justicia |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| UE | Unión Europea |
| ZPO | Ordenanza Procesal de Alemania (<i>Zivilprozessordnung</i>) |

ABSTRACT

Under a progressive dogmatic construction, the notion of procedural substitution has not always been defined equally. At present, however, there is a scientific consensus that procedural substitution refers to situations in which a person asserts other people's rights in civil proceedings for their own benefit.

The current definition of procedural substitution is the result of its own historicity or, if preferred, of the historical evolution of the assumptions that traditionally have been considered manifestations of this alleged legal institution. It was significantly heterogenous, as an expression of its own evolution and of the dogmatic construction on the parties' status in civil proceedings.

It was Josef KOHLER who introduced and included procedural substitution in the General Theory of Law, laying the groundwork for considering it as a phenomenon with a purely procedural nature, as a power or faculty to be exercised within a process. Thereon this institution was generally studied and researched by the German literature, although its subsequent developments have had little impact on our system.

The second significant step toward raising the substitution to the status of an authentic procedural institution was given by the Italian literature and its efforts to import the first foundations laid about in Germany. It was Giuseppe CHIOVENDA who applied it to other cases and, paradigmatically, to the subrogation action, which could not be identified as such under German law.

The first notions and formulations of the procedural substitution give cause to the Italian literature to deepen the dogmatic study about the parties within the civil procedure and the autonomy of the right of action and, in turn, served to illuminate the construction of the concept of standing in civil procedure, precisely from the phenomena of dissociation between the ownership of the right which is the subject of the process and the ownership of the right of action, that are considered characteristic of the phenomena of procedural substitution.

The currently predominant understanding of the procedural substitution in our national legal system is explained on the following two statements: the Spanish literature has *belatedly* received the concept of procedural substitution and has focused on analyzing its presence in existing institutions within our substantive law; the concept of procedural substitution has been received by the Spanish as a *final product*, in the sense previously given to that term by the Italian literature and even by the Italian law. This idea is explained, to a great extent, by the absence of a clear notion of standing in the Civil Procedure Act passed in 1881.

In the current phase of evolution of our literature and our legislation, the procedural substitution is explained in relation to the theory of the standing within the declarative civil procedure and, more specifically, in relation to the extraordinary standing.

The study and the current conformation of the procedural substitution are directly influenced by the presence of the subrogation action of Article 1111 of the Civil Code, as an example of how a person (the creditor) could defend rights which have been declared to be from other people (the intermediate debtor / creditor). This strong identification with the subrogation action is the main source of misunderstandings about the procedural substitution.

Being unknown in our historic law, Article 1111 of the Spanish Civil Code was introduced in our Law from the *oblique action* of the Napoleonic Code, that turned away from its origin in roman Law with the *pignus in causa iudicati captum*. A correct understanding of the subrogation action, its foundation and its function leads to put it at the service of loans and rights seizures which are not easily executed for being controversial. Consequently, it is not an institution aimed to resolve issues of standing of the parties in the declarative procedure, but to provide a tool -a pure instrument of procedural technique, if preferred- for better protection of the creditor within the enforcement proceedings.

Apart from the subrogation action, a great sort of quite different cases are included by the literature under the notion of procedural substitution, having all of them therefore in common that they implied the defence of other people's rights. In most cases it is due to a mistaken approach to the establishment of legal relations in complex or in multiparty situations. The case analysis reveals in how many of these situations there is no substitution or extraordinary standing but a genuine assignment of standing to people who are in legal positions worthy of autonomous legal protection.

In particular, the possibility of a procedural management of other people's interests in our legal system should be excluded. The requirements of the standing in our civil procedural law could not go along with the fact that the circumstances that determine a person's standing to act in a process –in this case, the utility of the management for the *dominus litis* thanks to the altruistic initiative of an unofficial agent– do not pre-exist within the factual scope before starting the process.

As being done by our Spanish literature, linking procedural substitution and extraordinary standing means also connecting the substitution development to the evolution of the understanding of the extraordinary standing. And it happens that, strictly speaking, the extraordinary standing has no definite conceptual content, but it is rather a way of expression: the alleged cases of extraordinary standing apparently existing in our system are too many and too heterogeneous to each other and for this reason it is not suitable of being raised strictly to the category of legal institution.

At present, it is incorrect to try to make a distinction between ordinary and extraordinary standing based on the ownership of the applicant of the rights discussed within the process. The rights claimed by a person within the procedure for their own benefit are always theirs and therefore the institution of the representation should be limited to the cases in which other people's rights are defended in the benefit of the persons represented.

In the current configuration of the extraordinary standing the only relevant element is the need for legal regulation, reflecting the need that lawmakers define in which cases the person involved in a complex legal situation, which could not be qualified as a private individual right strictly speaking. However, it must be noted that the legal regulation itself, as a paradigm of the extraordinary standing, raises the factual interest of the legitimated person to the category of legal interest, making it easy to consider that their standing is ordinary.

Within the field of protection of individual rights, the standing in civil procedure is given by lawmakers through explicit rules as a way of satisfying the aspirations of judicial protection of individuals who are in situations that, according to the legislator, they deserve; even more, it can be argued that through this legal regulation, in fact, lawmakers simply give its endorsement to the judicial and protective legitimate interests, in order to provide legal certainty for litigants, judges and lawyers, as provided in art. 24 of the Spanish Constitution.

Although often ignored, the procedural substitution has been used to explain how extraordinary standing could be recognized to persons who do not have the rights or interests asserted in the proceedings. In other words, through the procedural substitution could be explained the transition from mere factual interest in a subject to the acknowledgment that they are entitled to claim in court defending its legal position when the interest has been damaged or undermined.

Due to the recognition that, in fact, when it comes to individual legal situations neither the existence of an enabling rule nor the recognition of the extraordinary standing are necessary, the procedural substitution is bound for being obsolete and lack of authentic practical functionality. What matters are the terms on which the legal situations protected are built, whose judgment would be a courts' task in each individual case.

Consequently, apart from being a descriptive and didactic concept within the general notion of standing in civil proceedings, it could not be considered an autonomous procedural category because it is not homogeneous enough (i) It is not possible to identify a stable level of assumptions included in it, because everything what have been told about it is tributary of the image that returns a preconceived insight of the subrogation action as an exercise of the rights of another people " but without the other" (Ii) The alleged existence of a enabling provision is not characteristic of the substitution procedure. (Iii) The intended extension *ultra partes* of the judgments against the person substituted does neither accompany the substitution procedure. This extension, in unique situations, no matter how complex they are, is incompatible with the fundamental principle of hearing and the fundamental right of defense.

It is not useful at all to consider a hypothetical construction of procedural substitution as a proper tool to allow third parties to exercise powers which in no way they should have been entrusted and to circumvent the protection and the procedural guarantees of due process belonging to the persons allegedly replaced, who are indeed co-actors in the complex legal situations that

underlied and who could be unduly passed over in the process in which they are defined, with direct material impact on its own legal sphere.

Two additional issues should be focused in the task of rebuilding the classic approach to the procedural substitution: on the one hand, the aforementioned need to ensure the procedural rights of those involved in the disputed legal subject; and, on the other hand, that the special situation of subjection to the procedural substitute's faculty –sometimes exacerbated as power– of the person "substituted" should not be left out. Names given to the persons who are in these positions are not a true reflection of reality: there is neither substitution in the exercise of other people's rights, nor that alleged substitution authorizes to carry on with the process without the presence of the substituted.

KEY WORDS: Historiography of standing in civil procedural law; Spanish civil procedural law; real party in interest and a formal party; representation in civil procedure; plaintiff's substitution.

INTRODUCCIÓN

Justificación de un estudio sobre la sustitución procesal y planteamientos metodológicos

1. La imprecisión y la ambigüedad de la figura de la sustitución procesal

§. En el año 1942 el procesalista italiano Edoardo GARBAGNATI abrió su conocida monografía sobre la sustitución procesal en el proceso civil, de obligada referencia en todos los estudios sucesivos sobre el tema¹, con una afirmación no exenta de cierta pesadumbre. Lamentaba este autor los más de cincuenta años transcurridos entonces desde que KOHLER detectara por primera vez el fenómeno, ciertamente anómalo, de que un sujeto ejercite válida y eficazmente en el proceso un derecho declaradamente ajeno (fenómeno en que, como es sabido, se dice que consiste la sustitución procesal), sin que el tiempo y la difusión de la figura hubieran logrado disipar el «velo de incertidumbre» existente sobre ella².

Hoy en día existen, al menos, dos estudios monográficos de nuestra doctrina procesalista³, pero no puede decirse que las cosas hayan cambiado demasiado. Antes bien, actualmente podría muy bien decirse, parafraseando a GARBAGNATI, que pasados más de cien años desde que aquel primer estudio de KOHLER viera la luz; más de cincuenta desde que lo hiciera la monografía de GARBAGNATI; y más de diez desde la primera monografía patria, la sustitución procesal sigue envuelta en el halo de la *imprecisión* y de la *ambigüedad*.

¹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milán, 1942. Se trata de la que puede considerarse la primera y única monografía italiana sobre la materia. Y ello no por ser la primera cronológicamente, ya que mucho antes de esta monografía otro autor italiano dedicó un pequeño opúsculo al tema (en concreto, V. GALGANO, *Sulla sostituzione processuale*, Napoli, 1911), de escasa repercusión y de peor – por no decir imposible – localización; la importancia del trabajo de GARBAGNATI radica en tratarse de un profundo análisis acerca de la autonomía y las características de la sustitución procesal en el marco de las teorías sobre la acción y de la legitimación, de muy amplia difusión en la doctrina italiana posterior.

Por lo que se refiere a la contemplación de la sustitución procesal en ámbitos diversos del proceso civil –y de la acción civil aunque el proceso no sea civil, sino, por ejemplo, penal–, que es el ámbito al que se alude en el texto principal, *vid.*, más adelante, *infra* Parte I, Cap. III, aptdo. 7. La difusión de la figura de la sustitución procesal en la doctrina italiana. En particular, los intentos por exportarla al proceso penal 135 y ss.

² E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, *cit.*, pp. 1-2.

³ Por su orden cronológico, el de Jordi NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Madrid, 2004, y el de J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero: estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Madrid, 2008, sobre los cuales volveremos más adelante.

§. Imprecisión y ambigüedad, en primer lugar, en la doctrina⁴.

Es indudable que durante el largo siglo transcurrido desde KOHLER hasta nuestros días la doctrina ha dedicado notables esfuerzos a esclarecer la autonomía, la naturaleza y el fundamento de esta figura de creación doctrinal que es la sustitución procesal. Esta labor no puede desde luego infravalorarse, puesto que, como tendremos ocasión de comprobar, la investigación en torno a este fenómeno ha sido un factor de primer orden en el desarrollo de algunas de las construcciones más valiosas de la ciencia procesal, hasta el punto de que no es en absoluto exagerado afirmar que la historia de la sustitución procesal ha corrido paralela al desarrollo en la primera mitad del siglo XX de conceptos fundamentales de nuestra disciplina, tales como la acción y la legitimación en el proceso civil; sin olvidar, además, su recepción en ámbitos distintos del procesal⁵. Ahora bien, tampoco puede ignorarse que, en esa misma medida, los nuevos caminos que se han ido abriendo al hilo del estudio de la sustitución procesal han terminado –cuando menos– por eclipsar esta noción.

Ciertamente, el hecho de que la paulatina construcción dogmática de los conceptos de legitimación y acción haya desterrado la noción de la sustitución procesal a un plano secundario, no es en sí mismo censurable: avanzar de la especie al género siempre ha sido y debe ser un paso ambicionado en cualquier actividad científica. El problema está en no haber profundizado en la especie, en los supuestos que ésta encierra y en su régimen jurídico. Y esto es

⁴ La legitimación del sustituto –se quejaba en 1960 Tomás MUÑOZ ROJAS– «no se ha establecido con la debida claridad en nuestro Derecho positivo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo no siempre ha determinado con precisión este concepto» (“Parte y justa parte en el proceso civil”, en *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre–diciembre 1960, p. 66).

⁵ Bien es verdad que aquí la repercusión de la sustitución procesal ha sido principalmente de carácter indirecto y no directo, a través del más general concepto de legitimación, que –éste sí directamente– ha entrado a formar parte del acervo jurídico en general. A este proceso de absorción se refiere el prof. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN cuando afirma que «la idea de legitimación fue construida por los procesalistas para explicar algunos fenómenos muy concretos que antes llamábamos «sustitución», pero fue luego ampliada al campo del Derecho Privado, y según algunos debe extenderse a todas las disciplinas jurídicas, por lo cual su verdadero asiento debe encontrarse en una teoría general del Derecho» (*La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 60).

Así, por ejemplo, en el Derecho privado italiano, se habla genéricamente de «sustitución» o, en terminología bettiana, de «sustitución de persona en la conclusión del negocio», para referirse al conjunto de supuestos en los que un sujeto realiza en lugar de otro una actividad jurídica. Dentro de éstos, se incluyen tanto los casos de sustitución “en sentido técnico”, esto es, las figuras que tradicionalmente se señalan como supuestos de sustitución procesal (porque el sustituto hace valer en nombre propio un derecho ajeno), como otras figuras de interposición subjetiva más amplias que la doctrina suele denominar también *actos* o *negocios de cooperación jurídica*, como la representación, el mandato, la comisión, o la gestión de negocios ajenos. Vid. E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez, Granada, 2000, pp. 485 y ss.; A. DE MARTINI, “Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione altrui”, en *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civile*, 1949, I, pp. 437-443; y, más resumidamente, M. GRAZIADEI y R. SACCO, “Sostituzione e rappresentanza”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, t. XVIII, Turín, 1998, pp. 625-627. Para una teoría general sobre el llamado «poder de sustitución» en el Derecho privado, remitimos al lector interesado al reciente estudio de A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisprudenziale*, Turín, 2012.

exactamente lo que ha sucedido con la sustitución procesal. El que la atención de la doctrina procesalista se haya centrado casi exclusivamente en los grandes temas de la acción y de la legitimación en el proceso civil, dentro de los cuales la sustitución no es sino una excepción, ha sumido esta noción en la misma situación de confusión en que se encuentran aquéllas. ¿Acción o derecho subjetivo privado es el poder del sustituto? ¿Propia/o o ajena/o? ¿Cuestión procesal o perteneciente al fondo? ¿Con eficacia -y de qué tipo- sobre el derecho o la acción del sustituido? Mucho se ha discutido al respecto. Desde la perspectiva conceptual, la sustitución procesal ha sido, pues, heredera de toda la problemática que envuelven las nociones de acción y legitimación en el proceso civil. O si se quiere, se ha producido aquí una suerte de círculo vicioso: si la sustitución procesal, como se ha dicho, «es en gran parte responsable de muchas polémicas doctrinales y descubrimientos en torno al significado de la legitimación»⁶, también puede decirse, a la inversa, que la noción de legitimación y, por extensión, la de acción, son igualmente responsables de las oscuridades conceptuales que existen en torno a la sustitución procesal. Buena prueba de ello es que en la progresiva elaboración dogmática de la sustitución procesal ésta ha sido tan defendida por unos como criticada por otros, en función de la propia concepción que simultáneamente se mantiene respecto de la acción y la legitimación⁷.

Pues bien, el problema no dejaría de ser meramente conceptual si en realidad se supiera *qué es* la sustitución procesal. Es decir, si dejando a un lado las grandes construcciones conceptuales, se hubiera abordado, desde una perspectiva procesal más concreta, un estudio específico sobre lo que supone una figura que, según su acepción más pacífica, permite a un sujeto ejercitar derechos de otro; si se pudiera perfilar (o al menos, se intentara) un régimen jurídico-procesal homogéneo; si, en suma, pudiera disiparse la imprecisión y la ambigüedad que se ciernen sobre su *contenido*, *perfiles* y los *supuestos* que comprende, que son las cuestiones que verdaderamente dotan de sentido a un concepto más allá de su clasificación sistemática. Con las raras excepciones, en nuestro país, de NIEVA FENOLL y de CABAÑAS GARCÍA, por no mencionar la reciente y original contribución de JUAN SÁNCHEZ al estudio de la taxonomía de las situaciones legitimantes⁸, nada de esto –me parece– se ha

⁶ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., Barcelona, 1992, p. 258.

⁷ Baste recordar, como ejemplo de una y otra postura, las ilustrativas palabras de Ugo ROCCO (*La legittimazione ad agire*, Roma, 1929, p. 62 y *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. I, Nápoles, p. 286) y de Edoardo GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 131). Para el primero, «el instituto de la sustitución procesal no es otra cosa que el producto de una concepción híbrida del derecho de acción que es común a quienes, a pesar de todo, tienen todavía una concepción privatística del derecho de acción o que, incluso admitiendo una concepción publicística, aún no han llegado completamente a considerar el derecho de acción independientemente del derecho material». En cambio, para el segundo, «el estudio de la sustitución procesal reviste una importancia indudable también en relación con la teoría de la acción, dado que la demostración de la titularidad, por parte del sustituto, del poder de acción, relativo a una relación jurídica del sustituido, constituye una ulterior prueba del carácter autónomo de la acción misma».

⁸ R. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Cizur Menor, 2014.

hecho con profundidad y la prueba es que si ya es difícil hallar un consenso doctrinal a la hora de definir los rasgos caracterizadores de la sustitución procesal, verdaderamente complicado resulta encontrar acuerdo sobre los supuestos que dan lugar a esta figura.

Basta con hacer un rápido repaso de los diferentes supuestos que históricamente se han presentado como hipótesis de sustitución procesal para comprobar que en ella se ha dado cabida a supuestos de lo más heterogéneo y que, contemplados en su conjunto, pueden llegar incluso a fundar serias dudas acerca del extendido carácter excepcional de la sustitución procesal. Desde la mal llamada *acción subrogatoria* hasta la actuación del Ministerio Fiscal como parte en el proceso; desde las acciones ejercitables por el titular de un derecho de prenda hasta las que competen al usufructuario; pasando por las de los vecinos en defensa de los bienes comunales *ex* artículo 68 LBRL o incluso fenómenos que obedecen a otras nociones procesales independientes (como es el caso en Italia de lo que nosotros conocemos por *sucesión procesal*), todos estos supuestos y aun otros menos nombrados⁹ se han señalado como hipótesis de sustitución procesal, porque se ha creído ver en ellos, según la concepción chiovendiana de la sustitución procesal, «el ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno».

§. En nuestro país la situación de confusión en la que se encuentra la sustitución procesal es tanto o más evidente así en las obras generales como en los estudios monográficos sobre algunas de las nociones vinculadas tradicionalmente a la sustitución procesal.

Hasta las recientes monografías de NIEVA FENOLL y de CABAÑAS GARCÍA se advierte que la imprecisión y la ambigüedad no son propiamente las que resultan de haber dedicado grandes esfuerzos doctrinales a desentrañar qué es, en qué consiste y cuáles son y por qué, los supuestos que han de incluirse en esta categoría; sino, más bien, la que proviene, en general, de la falta de un estudio detenido o de dedicar una atención más bien superficial.

Es verdad que no puede decirse que la misma noción de sustitución procesal haya sido por completo ignorada. Hoy en día es admitida por prácticamente toda la doctrina procesalista y desde hace varias décadas no hay obra general que no dedique uno o varios apartados a la descripción del fenómeno y a enumerar un elenco de supuestos subsumibles en esta categoría, siempre al hilo de la explicación de la legitimación en el proceso civil y normalmente con alusiones ulteriores en materia de cosa juzgada¹⁰. Sin embargo, tampoco puede

⁹ Como, por ejemplo, los frecuentes supuestos de reclamación entre progenitores de las cantidades debidas en concepto de alimentos para los hijos comunes mayores de edad, que no son, pese al TS, supuestos de sustitución procesal del hijo acreedor de los alimentos, sino procesos entre los alimentantes deudores, cuyo objeto es el reparto de la carga que pesa sobre ambos de contruir a los alimentos del hijo común.

¹⁰ La cita de todos los autores que han tratado la sustitución procesal o, más genéricamente, la legitimación extraordinaria en sus manuales y tratados dedicados al Derecho procesal civil, tanto bajo la vigencia de la LEC de 1881 como bajo la actual LEC, es extensa. Me limito a señalar ahora como más destacables, bajo la vigencia de la LEC de 1881, las observaciones de GÓMEZ ORBANEJA, en su *Derecho procesal civil, I (Parte general. El proceso declarativo*

negarse que en torno al fenómeno de la sustitución procesal ha existido y existe un gran vacío científico que se ha ido llenando parcialmente y, por lo normal, en sus líneas generales. El hecho mismo de que hasta el año 2004 no haya existido una obra dedicada monográficamente a una figura tan anómala y compleja como la sustitución procesal, es buena prueba de ese vacío y, dicho sea de paso, del poco interés que ha despertado en nuestra doctrina.

El resultado es que, por lo general, las referencias a la sustitución procesal hay que encontrarlas en manuales y obras de carácter general que, por su propia finalidad divulgativa, no constituyen una sede adecuada para analizar los intrincados problemas sustantivos y procesales que están encerrados en esta compleja figura. Dicho de otro modo, la consideración de la sustitución procesal apenas ha descendido del plano dogmático y sistemático dentro del cual se ha presentado como un supuesto excepcional de legitimación, de carácter indirecto y autorizada *ex lege*; pero en cuyo ulterior estudio jurídico-procesal simplemente no se ha profundizado. Es más, si descendemos al contenido que históricamente se ha atribuido a esta figura en nuestro país, es perceptible que nuestra doctrina ha seguido otros ejemplos a la hora de señalar las hipótesis de sustitución procesal, agrupando una miscelánea de supuestos incluidos más por tradición o por una idea preconcebida de lo que se dice que es la sustitución procesal, que por una contrastada (e hipotética) homogeneidad en su régimen jurídico-procesal.

Existen, sí, algunos trabajos en los que se han analizado los aspectos procesales de algunos supuestos en los que *prima facie* cabe ver el ejercicio en nombre e interés propio de un derecho ajeno en el que se dice que consiste la sustitución procesal; señaladamente, además de la obra de NIEVA FENOLL, es el caso de los desarrollados por el prof. Faustino CORDÓN MORENO en relación con los supuestos de la acción subrogatoria y de las reclamaciones por los colegios profesionales de los honorarios debidos a sus miembros¹¹, sin olvidar la monografía de Iñaki RIAÑO BRUN sobre la acción subrogatoria¹². Pero, como digo, se trata únicamente de casos aislados que vienen a demostrar que, en general, el interés que ha despertado esta figura en nuestra doctrina no ha dejado de ser escaso y poco fructífero.

ordinario), 8ª ed., Madrid, 1976, pp. 142-150 y 452; y las de PRIETO-CASTRO, en su *Tratado de Derecho procesal civil*, t. II, Madrid, 1952, pp. 87-91. Y ya bajo la vigencia de la LEC de 2000 (aunque la gran mayoría de estos autores han publicado también bajo la larga vigencia de la LEC anterior) las de A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general* (con I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 2ª ed., Madrid, 2013, pp. 443-456; las de V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. GIMENO SENDRA), 4º ed., Madrid, 2001, pp. 98-101, 276, 280 y 365; y las de J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil* (con J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR), 18ª ed., Valencia, 2010, pp. 78-85.

¹¹ F. CORDÓN MORENO, “Aspectos procesales de la acción subrogatoria” y “Ejercitada demanda, por sustitución, por un Colegio de Arquitectos, ¿cabe reconvenir frente al arquitecto sustituido?”, ambos en *Proceso civil de declaración*, Pamplona, 1996, pp. 81-94 y 214-216, respectivamente.

¹² I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Navarra, 2002.

§. En segundo lugar, la imprecisión y la ambigüedad que envuelven la sustitución procesal tampoco están ausentes en la jurisprudencia o, por mejor decir, en las resoluciones de los tribunales.

En efecto, en las decisiones de los tribunales tampoco es posible hallar un criterio seguro de caracterización de la sustitución procesal respecto a otras figuras o expedientes procesales más o menos cercanos. Una somera búsqueda en los extendidos repertorios electrónicos de jurisprudencia basta para comprobar que nuestros tribunales hacen un uso más bien vacilante y no homogéneo de la sustitución procesal, no exento en muchos casos de las consideraciones sistemáticas que han impregnado a esta discutida y discutible noción las teorías de la acción y la legitimación y su distinción con otras figuras afines.

Así, en relación con la caracterización de la sustitución procesal, es común encontrar afirmaciones muy parecidas a las que paradigmáticamente resume, entre otras, sendas SSTS (Sala1ª) de 18 de julio de 1991 ([ROJ 16743/1991](#) y [ROJ 6232/1992](#)):

«(...) la legitimación por sustitución (que entraña el ejercicio, en nombre propio, de una acción por persona distinta del titular de la misma y por subrogación en la posición jurídica de éste), a través del cual la resolución que recaiga en el proceso (en que su interés jurídico ha sido asumido por el sustituto o subrogado) le afectará del mismo modo que si él personalmente hubiera ejercitado la acción (...)».

De esta manera y de forma similar a lo que sucede en el campo doctrinal, la sustitución procesal no ha pasado de ser, en el terreno de las afirmaciones, una suerte de legitimación excepcional, autorizada legalmente y de carácter indirecto. Sin embargo, a medida que se desciende a los casos en que se ha aplicado la figura empiezan a surgir no pocas inseguridades en su empleo. Lo más habitual es que la sustitución aparezca mezclada o confundida con otras instituciones o expedientes, tales como la sucesión procesal o la representación. En unos casos se trata de confusiones meramente terminológicas, puesto que, pese a que patentizan una cierta ignorancia de las nociones elementales que se confunden en la resolución, carecen de ulteriores repercusiones¹³. Pero, fuera de estos casos inanes, lo normal es que la confusión que existe en la jurisprudencia en torno a la sustitución procesal provenga o de una incorrecta comprensión de las realidades que se trastocan en la resolución; o de la confusión también existente en el plano doctrinal; o del voluntarismo con que se maneja el concepto; o, seguramente, de todos o algunos de estos factores simultáneamente.

Por poner sólo un ejemplo en este momento de hasta qué punto puede causar perplejidad el empleo de la sustitución procesal en la práctica, pueden

¹³ Así, por ejemplo, es muy frecuente que se hable de “sustitución procesal” para referirse a un fenómeno de “sucesión procesal”: «Un fallecido no puede por sí solicitar tutela alguna; en consecuencia: no estamos ante una sustitución procesal (fallecimiento después de demandar); pues no se puede sustituir a quien no era demandante ni podía serlo, por haber fallecido con anterioridad» (STS -1ª- de 31 de octubre de 1995; ponente Sr. Fernández-Cid de Temes; RAJ 1995/7654)

recordarse aquí las palabras de la Sala 2ª del TS en tres SSTs de 12 de mayo 1990, a propósito de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil *ex delicto* en el proceso penal ([ROJ 15859/1990](#), [ROJ 3714/1990](#) y [ROJ 10357/1990](#); las cursivas del texto son mías):

«La legitimación (del MF) no es asimilable a la de la parte perjudicada, sino que es reconducible a la figura conocida en la dogmática procesal civil como *sustitución procesal*, y aun dentro de ésta, en la *subfigura* calificada por autorizada doctrina procesal española como *sustitución en relaciones meramente procesales*».

Esta pretendida distinción entre el género “sustitución procesal” y la *subfigura* “sustitución en las relaciones meramente procesales” se hace descansar, en palabras de la misma Sala (cuyo ponente fue el Sr. D. Ramón Montero Fernández Cid), en que:

«En efecto, si en el género se está en presencia de ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno, pero cuya estimación se vierte en el patrimonio *del actor* total o parcialmente, en la subespecie se ejercita también en nombre propio un derecho ajeno, mas este ejercicio ha de traducirse sobre la esfera de dominio *del sustituido*, pues se trata en definitiva de una *legitimación derivada de carácter institucional* o como se dijo autorizadamente al referirse al denominado recurso en interés de la ley, “*anclada en el ordenamiento jurídico*”».

Y todo, para concluir que:

«De ahí que las exigencias de legitimación sean mínimas, pues es obvio que el MF no es perjudicado ni está en condiciones de postular otra cosa que declaraciones indemnizatorias abstractas».

Encontrarse con declaraciones como las transcritas no es desde luego habitual (sino excepcional), pero existen. En cualquier caso, la sentencia es ilustrativa no de la inseguridad con la que se maneja el concepto de sustitución procesal, sino del voluntarismo que esa imprecisión permite a la hora de manejarlo. Y tanto lo uno como lo otro se pueden encontrar en las resoluciones de nuestros tribunales.

2. La oportunidad de un estudio sobre la sustitución procesal

§. Lo dicho hasta aquí dibuja en pocas pinceladas la falta de atención que padece la figura de la sustitución procesal y avanza la oportunidad de acometer la tarea de abordar un estudio específico sobre la materia. Esta labor se ha venido sintiendo desde hace años como cosa conveniente. Sin embargo, en los últimos tiempos hemos asistido a dos fenómenos que han aconsejado que esa tarea no se demorase más tiempo. Me refiero, de un lado, a la aparición a lo largo del siglo XX de nuevas formas de legitimación extraordinaria junto a o en lugar de la sustitución procesal y, de otro lado, a la regulación positiva de esta materia que ha venido a introducir *ex novo* la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

2.1. LA APARICIÓN DE NUEVAS FORMAS DE LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA Y/O DE TUTELA

§. La multiplicación de las relaciones económico-jurídicas habida a lo largo del siglo XX en las sociedades occidentales ha dejado sentir su influencia en la materia que nos ocupa y lo ha hecho poniendo de manifiesto la superación de los esquemas individualistas y de corte liberal que inspiraron nuestro ordenamiento en la época de la codificación.

A este respecto, no puede negarse que la concatenación de relaciones y de situaciones jurídicas que ha caracterizado a las modernas sociedades industriales y postindustriales era ya conocida por nuestros codificadores. Así, a esta razón obedecen las que llamamos *acciones directas*, de las cuales en el Código Civil encontramos varias manifestaciones (cfr. artículos 1552, 1597 y 1722), así como otros supuestos que también excepcionan el llamado *dogma de la intangibilidad de la esfera jurídica ajena*, como, por ejemplo, es el caso de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC o -según viene siendo admitido- el de la facultad del acreedor pignoraticio para ejercitar las acciones correspondientes al dueño de la cosa para reclamar o defender el objeto de la prenda (artículo 1869 CC). Sin embargo, la masificación de relaciones jurídicas que ha tenido lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX ha supuesto un cambio cuantitativo y, sobre todo, cualitativo respecto de esos fenómenos ya conocidos de injerencia en la esfera jurídica ajena que doctrinalmente se han agrupado en el “cajón de sastre” en el que ha acabado convertida la sustitución procesal o, más en general, el término de nuevo cuño de *legitimación extraordinaria*.

Dejando a un lado la importancia que ha implicado la introducción de nuevas acciones directas en sectores tan sensibles socialmente como la aseguración, el mayor cambio que en materia de tutela jurisdiccional civil ha traído el tráfico jurídico en masa ha sido de índole cualitativa, con la aparición en la escena procesal de asociaciones, grupos y colectivos portadores de lo que se ha dado en llamar *intereses supraindividuales*¹⁴. La tutela de estos nuevos intereses colectivos y difusos dotados -con arreglo a los parámetros procesales tradicionales- de perfiles poco seguros, ha puesto en jaque a la doctrina científica de las últimas décadas y, con ello, el tema de la legitimación ha recobrado la actualidad que conoció en la primera mitad del siglo XX y ha acaparado el interés y la atención de la doctrina en los últimos tiempos.

Pues bien, aunque mucho puede decirse acerca de esos intereses supraindividuales, lo que ahora interesa destacar -por encima de los diferentes

¹⁴ Pese a su relativa novedad, el término *intereses supraindividuales* parece estar lo suficientemente extendido en nuestra doctrina como para emplearlo -y así se hace aquí- para referirnos a la defensa en el proceso civil de los llamados *intereses colectivos e intereses difusos*. Así lo hace, entre nosotros, P. GUTIÉRREZ DE CABIEBES E HIDALGO DE CAVIEDES en su magnífica monografía *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Pamplona, 1999), donde utiliza el término genéricamente para designar la categoría en la que cabe englobar «diversos tipos de situaciones (intereses colectivos y difusos) que pueden incluirse en aquel género o concepto global» (p. 99).

enfoques y explicaciones que se han dado en su estudio— es que en la breve pero intensa historia de estos intereses puede advertirse un denominador común, consistente en haberse producido, consciente o inconscientemente, una suerte de *huida* del concepto de sustitución procesal¹⁵; huida que, en mi opinión, es reveladora del “miedo” que inspira esta categoría o, por mejor decir, de la oscuridad que le rodea.

En efecto, si algo está claro en la abundante literatura producida en materia de intereses supraindividuales es que la necesidad de responder a las nuevas exigencias de la tutela de esos intereses colectivos y difusos mediante la utilización de los instrumentos procesales tradicionales ha supuesto un profundo disenso respecto de la técnica que mejor conviene a su protección jurisdiccional. Básicamente, el dilema se ha planteado en forma de disyuntiva entre tratarlo como un problema de personalidad y de capacidad de esos grupos y colectivos susceptible de ser resuelto mediante la figura de la representación, o bien llevarlo al ámbito de la legitimación, ya como un supuesto de legitimación ordinaria respecto de determinadas y específicas acciones, ya bajo una nueva forma de legitimación extraordinaria *ad hoc*, dentro de o junto a la figura de la sustitución procesal; o incluso ambas cosas —capacidad y representación más legitimación— al mismo tiempo, acompañado todo ello de especialidades procesales en otros aspectos de su régimen jurídico. Pero, como digo, en términos generales la doctrina procesalista raramente ha recurrido al concepto ya conocido de sustitución procesal y sí, en cambio, a la acuñación de nuevos términos y conceptos —«legitimación colectiva»¹⁶, «legitimación de grupo»¹⁷, «legitimación para la protección de intereses supraindividuales (colectivos y difusos)»¹⁸, «legitimación representativa»¹⁹—, alusivos todos ellos a la problemática que encierra la protección de esos derechos e intereses colectivos y difusos.

De esta forma, la paulatina construcción dogmática de esos intereses desde la consideración de la naturaleza excepcional de su defensa por parte de personas

¹⁵ Salvo, señaladamente, el caso de ORTELLS RAMOS, que aproxima a la legitimación por sustitución supuestos especiales de grupos y asociaciones «que añanzan la categoría de interés social» (M. ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, ed. 13ª, Cizur Menor, 2014, p. 128.

¹⁶ Término que puede considerarse como el más extendido en nuestra doctrina, al menos en la literatura inmediatamente anterior a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (cfr. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional...*, p. 33). Así, lo han empleado, por ejemplo, F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia*, 1986, pp. 549 y ss.; J. MONTERO AROCA, “La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual”, en *Poder Judicial*, núm. 45, 1997, pp. 241-290 y *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997 (vid. pp. 114-121; F. CORDÓN MORENO en el prólogo a la obra de GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional...*, cit., p. 26.

¹⁷ L. M. BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, p. 263.

¹⁸ P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional...*, cit., p. 184.

¹⁹ DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I*, cit., pp. 445-448.

y entidades que no son titulares de una relación jurídico-material individual ha producido que la categoría dogmática de la legitimación extraordinaria, circunscrita en principio a la figura de la sustitución procesal, haya sido objeto a lo largo del siglo XX de una progresiva ampliación en cuanto a su contenido. Las consecuencias son hoy en día bien perceptibles: de un lado, la tutela de esos intereses supraindividuales a través de grupos y colectivos ha acabado por acaparar el resto de la atención de los estudiosos en perjuicio de la noción ya conocida de sustitución procesal; sin que, de otro lado, esa mayor atención haya redundado en una mayor claridad en materia de legitimación extraordinaria. Dicho de otro modo, si en la primera mitad del siglo XX la sustitución procesal era equivalente a legitimación extraordinaria, de manera que no había formas de legitimación extraordinaria que no lo fueran, al mismo tiempo, de sustitución procesal²⁰, a finales de ese siglo y principios del presente se ha producido una verdadera “atomización” de la legitimación extraordinaria, que además en algunos casos no hace en el fondo sino reproducir, actualizados, los problemas dogmáticos que la doctrina ya señaló en el pasado respecto de la sustitución procesal. Esto, por ejemplo, es lo que, a mi juicio, sucede cuando se incluyen las acciones directas dentro de la categoría de la legitimación extraordinaria y se trata entonces de distinguirlas de los fenómenos de sustitución procesal²¹; cuando se contempla la figura del Ministerio Fiscal como parte activa en el proceso civil²²; o cuando simplemente se discute sobre el carácter propio o ajeno del interés o derecho que defienden los grupos y colectivos cuando instan en su propio nombre la tutela de los tribunales.

²⁰ Así se advierte, por ejemplo, en las clases de legitimación que en 1960 distinguió MUÑOZ ROJAS (“Parte y justa parte en el proceso civil”, *loc. cit.*, p. 67), cuando dividía la legitimación *ad causam* en, de un lado, «legitimación propia, directa u ordinaria» y, de otro lado, «legitimación excepcional, impropia, indirecta o por sustitución».

²¹ Así, F. CORDÓN MORENO (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* -coord. F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. J. MUERZA ESPARZA, I. TAPIA FERNÁNDEZ-, vol. I, Navarra, 2001, pp. 130-132). Según este autor, las acciones directas constituyen una especie de legitimación extraordinaria denominada *legitimación directa*, porque implican la atribución legal de legitimación a quien no es titular del derecho que se hace valer en el proceso, de forma que la parte “actúa en nombre propio (es titular del derecho de acción), aunque para la defensa de un derecho ajeno”. Dejando ahora la corrección o no de estas últimas afirmaciones (que, como se verá en su momento, no resultan en absoluto pacíficas), el problema reside entonces en distinguir esta subcategoría de legitimación extraordinaria de la tradicional de sustitución procesal; problema que el autor resuelve en una cuestión de perspectiva: mientras que en la sustitución procesal -dice- la situación sustantiva que subyace está formada por dos situaciones autónomas y sin más puntos de contactos que, parcialmente, los subjetivos, en las acciones directas existe una situación jurídica contemplada en su totalidad, respecto de la cual el legitimado directo no es un tercero ni intenta remediar la pasividad de su deudor.

²² Entonces la distinción con respecto a la sustitución procesal suele basarse en que la atribución de legitimación al Ministerio Fiscal se efectúa con arreglo a estrictos criterios de política jurídica que atienden no a la defensa de un interés privado como en los casos de casos de sustitución procesal, sino a la de un interés de carácter público o social (así, J. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva...*, *cit.*, p. 35-36; J. F. GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, J. M. RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBÁU, t. I, 1ª ed., 1ª reimpr., Barcelona, 2001, pp. 154-156).

Fácilmente se comprenderá que el que todos estos supuestos hayan sido distinguidos y apartados de la noción de sustitución procesal en atención a criterios en buena medida metaprocerales y que, además, esa distinción se haya efectuado sin acometer previamente la tarea de esclarecer lo que es o debe ser la sustitución procesal más allá de una definición casi ritual, no han hecho otra cosa que perpetuar el concepto chiovendiano de sustitución procesal según una fórmula cuasi-sacramental, en virtud de la cual la sustitución procesal se resuelve en el ejercicio en nombre e interés propio de un derecho ajeno con efectos para su titular, sin ningún viso de dinamismo y, por ello, disuasoria de estudio y evolución.

2.2. LA CONSAGRACIÓN LEGAL DE LAS FORMAS DE LEGITIMACIÓN Y/O DE TUTELA EXTRAORDINARIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

§. Sea como fuere, no puede negarse que las disquisiciones de la doctrina en torno a las formas o clases de legitimación han generado muy valiosos frutos. Particularmente, ese estudio ha servido para poner de manifiesto las peculiaridades que presentan ciertos supuestos desde la consideración de su tutela jurisdiccional, proporcionando en muchos casos los medios a través de los cuales habría de articularse aquélla *de lege ferenda*. Todas estas contribuciones de la doctrina se han materializado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre cuyas principales novedades destaca el haber regulado por primera vez y de forma sistemática gran parte de las materias relativas a los sujetos en el proceso civil. Y éste es otro de los motivos que aconsejan que el estudio de la sustitución procesal no sea postergado durante más tiempo.

Como bien se adivina, la más importante razón para ese estudio radica en la positivización de lo que suele entenderse como legitimaciones ordinaria y extraordinaria en el proceso civil. Este solo hecho implica que cualquier estudio que aborde la materia no puede dejar de tomar en consideración la nueva regulación, lo que por sí mismo ya es una novedad respecto del ordenamiento inmediatamente anterior. Pero, más allá de esta novedad (por lo demás, obvia), lo que particularmente invita a la reflexión y no puede dejar de tomarse en cuenta es la diferente incidencia que la ley tiene respecto de las clases o formas de legitimación extraordinaria.

§. El artículo 10 LEC, tras señalar que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», añade en su pfo. 2º, en clara alusión a los supuestos de legitimación extraordinaria en general, que: «se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular». Sin embargo, no acaban aquí las previsiones legales en materia de legitimación extraordinaria. A continuación, el artículo 11 LEC ha positivizado, según expresa su rúbrica, la *legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*; esto es, la legitimación de los grupos y colectivos más relevantes en el ámbito del Derecho privado. A ambos preceptos, ya figuraban en la LEC desde su promulgación, se ha sumado un nuevo artículo 11 *bis*, sobre *legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres*, por obra de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Por tanto, en

la nueva regulación contamos con hasta tres preceptos en materia de legitimación extraordinaria: uno, el del párrafo segundo del artículo 10, que puede denominarse *legitimación extraordinaria en general*; y los otros dos, los artículos 11 y 11 *bis* LEC, sobre la legitimación extraordinaria supraindividual.

No hace falta un examen exhaustivo de la LEC para comprobar que el artículo 11, sobre legitimación de asociaciones y grupos de consumidores y usuarios, se completa con otras previsiones que dotan a esta concreta materia de un verdadero régimen procesal propio. Así, existen disposiciones especialmente diseñadas para este supuesto en materia de capacidad para ser parte (artículo 6.1.7º y 8º); de capacidad procesal (artículo 7.7); de diligencias preliminares (artículo 256.6º); de competencia territorial (artículo 52.1.14º y 16º y artículo 54.2); de intervención procesal y publicidad del proceso (artículo 13.1.II y artículo 15); de acumulación de procesos (artículo 76.2.1º); de requisitos y efectos de la sentencia (artículos 221 y 222.3); y de acción ejecutiva (artículo 519). Estas disposiciones (en unión de otras ubicadas en la legislación sustantiva, como, por ejemplo, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) permiten que se hable no sólo de una legitimación excepcional de tales sujetos, sino de una tutela jurisdiccional civil *ad hoc* o, como han señalado voces más autorizadas, de una tutela jurisdiccional civil *supraindividual* en materia de consumidores y usuarios²³; esto es, de una legitimación dotada de un específico tratamiento procesal que no es sino el final (o el comienzo del final o aun el inicio) del largo trayecto emprendido para dar una respuesta adecuada a la tutela jurisdiccional de intereses supraindividuales.

§. En cambio, si volvemos la vista a la sustitución procesal, la pregunta surge por sí sola: ¿*quid* de la sustitución procesal y de su régimen jurídico?

La lectura de la LEC revela la existencia de algunas disposiciones que, aun cuando no lo hagan de forma exclusiva (porque en su tenor se pueden comprender, en general, todos los fenómenos de legitimación extraordinaria y aun otros de legitimación ordinaria particularmente significativos), miran específicamente a la noción de sustitución procesal. Así, en el pfo. 2º del artículo 10 LEC cabe ver sin mucho esfuerzo el trasunto particular de la sustitución procesal, pues no otra cosa ha sido ésta que -parafraseando el tenor literal de aquel precepto- el considerar como parte legítima a quien, sin ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso, la ley excepcionalmente le permite hacerla valer en juicio como tal sujeto no titular. También el pfo. 2º del artículo 301 LEC, sobre *interrogatorio de las partes*, parece estar pensando en la sustitución procesal cuando permite que en un proceso concreto se interroge como parte al sujeto de la relación jurídica o titular del derecho que se haya hecho valer por otro. Y lo mismo cabe decir del artículo 330. 2 LEC, que, a efectos de exhibición de documentos por terceros, niega la consideración de tercero procesal al titular o titulares «de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio». Además, junto a los anteriores existen otros preceptos que aunque no aluden

²³ Así, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con A. DE LA OLIVA SANTOS), 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 601-602.

directamente a la sustitución procesal, tienen igual o similar relevancia a los efectos del tratamiento procesal de cuestiones particularmente significativas de la sustitución procesal. Así, por ejemplo, el artículo 222. 3 LEC, sobre límites subjetivos de la cosa juzgada (cuya remisión al artículo 11 sin alusión al artículo 10. pfo. 2º LEC ha generado ya dudas interpretativas); el artículo 407 LEC, sobre destinatarios de la demanda reconvenzional; o el artículo 538 LEC, relativo a las partes y los sujetos del proceso de ejecución.

Por tanto, a la luz de las anteriores disposiciones no cabe duda de que en la LEC se ha querido ofrecer a la figura doctrinal de la sustitución procesal de un marco normativo que reconociera el fenómeno y lo disciplinase. Pero, ¿con qué éxito? ¿con qué alcance?

En principio, la falta de estudio sobre los supuestos albergados en la sustitución procesal permite albergar la duda de que sea posible acometer la labor de dotar a esta discutida figura de una regulación propia. Con esto no quiere decirse que las reformas legales sobre una institución o figura jurídica sólo deban ser acometidas cuando los problemas de su régimen jurídico están ya agotados y solucionados satisfactoriamente *de lege ferenda*. Semejante proceder, como se ha objetado con razón, sólo conduce a la inacción y al anquilosamiento del ordenamiento jurídico, que es todo lo contrario al avance al que debe tender la investigación científica. Lo que se quiere simplemente poner de manifiesto aquí y ahora es que, a veces, la falta de un análisis previo se trasluce en la propia ley. El propio marco legal que se ha brindado a la sustitución procesal en la LEC constituye una regulación tan abierta y dispersa que permite que se acuda a ella sólo en casos estrictamente necesarios, *ad casum*, cuando se advierta la utilidad de su aplicación en el caso concreto y no de forma conjunta para – digamos– toda la categoría de supuestos que han venido y vienen pacíficamente entendiéndose como hipótesis de sustitución procesal o ejercicio en nombre propio de derechos declaradamente ajenos. Lo único que quiere decirse es que el reconocimiento legal no elimina ni diluye los problemas que ya presentaba la sustitución procesal antes de la actual LEC. Más bien sucede al contrario: es ahora cuando resulta más necesario resolver en qué casos, cuándo y de qué forma o en qué medida se aplican las previsiones que la LEC ha introducido con miras a la sustitución procesal; estudiar si los mismos, total o parcialmente, no deberían aplicarse; o, en fin, reflexionar con mirada prospectiva si deberían ser otros los medios puestos al servicio de esta figura. O por decirlo de otro modo: bien está que se haya dotado a esta extraña noción de la cobertura legal juzgada por muchos como necesaria; pero, cubierta esta exigencia, todavía restan por despejar muchos interrogantes acerca de su régimen jurídico.

3. El objeto de esta tesis y los métodos empleados. Esbozo del plan seguido

§. Después de cuanto se lleva dicho no resulta difícil adivinar el objeto de este trabajo y las razones que lo han movido. La elección del tema responde a la constatación de que existe una categoría dogmática conocida con el nombre de *sustitución procesal*, pero desconocida, por poco estudiada, en prácticamente todo lo demás. En este sentido, puede decirse sin exageración ninguna que el

problema de la sustitución procesal es, sintéticamente, que no sabe muy bien en qué consiste.

En realidad, la raíz del problema de la sustitución procesal radica en que, por el acarreo histórico en su formación dogmática, esta figura ha llegado hasta nuestros días como una amalgama de supuestos heterogéneos que dificulta grandemente su comprensión. O dicho en otros términos, la sustitución procesal no es otra cosa hoy que un *cajón de sastre*, una amalgama formada por aluvión de supuestos en muchos casos sólo en apariencia excepcionales, y cuya utilidad más apreciable y acaso la única ha consistido en el desarrollo dogmático de otras nociones, conceptos e instituciones relacionadas con ella, como la acción y la legitimación en el proceso civil, que a la postre han resultado de mucho más valor e importancia para el Derecho procesal civil que lo que ha supuesto la figura de la sustitución procesal en sí misma.

Hoy, en efecto, podemos decir con perspectiva histórica que el estudio de la sustitución procesal y aun el concepto mismo de esta figura han sido más fructíferos por lo que sirvieron desde el punto de vista dogmático al desarrollo ulterior de otras nociones básicas de nuestra disciplina, que por lo que para sí misma debían haber representado esas investigaciones. Se trata, sí, de una paradoja; pero de una paradoja que conviene tener presente para comprender el sentido, el enfoque y, por fin, los resultados de este estudio. Y ello, por una sencilla razón que confío en acertar a explicar de forma también sencilla, aunque sean varios los pasos a dar en ese camino explicativo. Permítaseme, pues, que exponga el *iter* intelectual que he recorrido en el tiempo no breve que he dedicado al tema de la sustitución procesal.

§. En la tesitura de explicar cuál ha sido el camino y el método empleado en mi investigación sobre la sustitución procesal, no es absoluto inoportuno aclarar que ese *iter* intelectual ha sido en realidad doble; o si se quiere, puede decirse que ha sido un trayecto de ida y vuelta.

El punto de partida de mi investigación arrancó del convencimiento de que, en tanto no fuera estudiada la sustitución procesal, la caracterización de esta figura como categoría de supuestos en los que excepcionalmente la ley permite a un sujeto hacer valer derechos declaradamente ajenos en nombre e interés propio, no dejaba de ser en el fondo una aproximación descriptiva a una noción que dejaba sin resolver cuestiones de capital importancia, como, por ejemplo, en qué casos se produce ese fenómeno y, sobre todo, qué tiene éste de especial desde el punto de vista jurídico-procesal. Conocía y conozco, sí, el valor de la sustitución procesal como criterio sistemático y expositivo de una categoría de legitimación de carácter excepcional. Pero nada más (y nada menos), ya que a falta de un estudio sistemático sobre su contenido y, en su caso, las características de su régimen procesal, me parecía (y me sigue pareciendo) que se está lejos de poder afirmar con seguridad que, por ejemplo, la sustitución procesal implique —como tradicionalmente se ha venido afirmando— que la sentencia pronunciada a instancia del sustituto tenga fuerza de cosa juzgada material para el sustituido (o, al revés, que carezca de esa eficacia); o que el sustituido no deba ser llevado al proceso (o, al contrario, que deba tener entrada

en el mismo o, al menos, que se le brinde esa oportunidad), por citar solamente algunas de las observaciones más recurrentes en esta materia.

En resumen, me parecía (y me sigue pareciendo) que era necesario abordar un estudio sobre la sustitución procesal que se adentrara en ese cajón de sastre en el que ha acabado convertida esta noción y que contribuyera en la medida de lo posible a deshacer el entuerto existente sobre su contenido. Con esta preocupación, pues, inicié mi investigación sobre la sustitución procesal; o, por seguir con el símil, emprendí mi trayecto de ida al caótico terreno de la sustitución procesal, portando como equipaje la falta de todo prejuicio dogmático –salvo mi adscripción a la teoría de la acción en sentido concreto– y como única herramienta, el método inductivo de trabajo.

Se trataba, en definitiva, de ver si existían y en qué circunstancias, características similares en el régimen procesal de toda una panoplia de supuestos lo más amplia posible que pudiera justificar la existencia de una figura tan controvertida dogmáticamente como la sustitución procesal. Y debo señalar que hoy me siguen pareciendo válidas las razones que me llevaron a optar por ese método inductivo de estudio a la hora de descifrar qué es o debe ser la sustitución procesal, básicamente porque si se parte de una determinada concepción dogmática sobre la sustitución procesal, es forzoso concluir que su contenido será mayor o menor en función de la definición caprichosamente seleccionada *a priori*.

Sin embargo, en ese recorrido me he encontrado con que, a medida en que he ido profundizando en el estudio de cada uno de los supuestos, la noción de sustitución procesal se iba disolviendo como un azucarillo en el concepto de legitimación, sin más adjetivos; y ello, porque en el fondo la sustitución procesal –lo adelanto ya– no es sino la imagen más clara y evocadora de este último concepto. Me explico.

Detectada dogmáticamente –como veremos– en un momento histórico en el que lo procesal pugna por ser reconocido como una realidad jurídica diversa del ordenamiento material al que sirve de tutela, para el Derecho procesal ha resultado más fácil, útil y pedagógico acuñar y conservar un término *ad hoc* de resonancias procesales correlativo a ciertas previsiones legales del ordenamiento, que admitir lisa y llanamente el carácter instrumental del Derecho procesal, incluso allí donde esas previsiones legales tienen la función de aclarar y/o disciplinar una trabazón de relaciones y situaciones jurídicas de la que resulta una coexistencia de titularidades cuyo respectivo ámbito de poder viene dado por el Derecho sustantivo (piénsese, por ejemplo, en las relaciones de usufructo y de prenda, sobre todo cuando el objeto del derecho limitado es un derecho). Por esta razón, me encontré también con que salvo la hipótesis más perfecta –y acaso menos frecuente– de falta de disociación entre titularidad y ejercicio bajo cualquiera de sus formas (o por decirlo gráficamente, salvo, por ejemplo, un supuesto en el que Ticio, mayor de edad, soltero, solvente y sin deudas, ajeno a toda asociación y colegio profesional, se dirigiera a los tribunales para reclamar en su propio nombre e interés el precio de un contrato de compraventa sobre un bien de su exclusiva propiedad y libre de gravámenes, celebrado personalmente con Cayo, también mayor de edad, soltero y único

adquirente del bien vendido), un vastísimo ámbito del ordenamiento jurídico–privado era susceptible de ser objeto de un análisis que versara sobre la sustitución procesal.

Naturalmente, una tarea de abstracción y teorización sobre la sustitución procesal a partir de estas bases no podía, ni puede, sino conducir al concepto de legitimación y, por añadidura, al de acción. Es obvio que operando así cualquier investigación sobre una figura de creación dogmática, como ahora es el caso de la sustitución procesal, evita el riesgo de los prejuicios y los encorsetamientos de los conceptos. Pero también es obvio que antes o después es necesario operar de otro modo, básicamente por tres órdenes de razones. En primer lugar, porque el método elegido no asegura en ningún momento que un análisis tan excesivamente amplio de supuestos cuya única finalidad consiste en estudiar una figura seguramente más reducida, permita finalmente hallar un criterio jurídico-procesal satisfactorio para definir lo que es o debe ser la sustitución procesal. En segundo lugar, porque aun suponiendo que verdaderamente compensara lo gravoso del empeño con los resultados obtenidos, un labor semejante probablemente habría dejado de ser un estudio acerca de la sustitución procesal –o al menos *no sólo* sobre la sustitución procesal–, para convertirse en un ingente estudio sobre diversas realidades y conceptos que ya reciben una más que razonable explicación en la dogmática tradicional. Y todo ello sin mencionar, en tercer lugar, el engendro que a efectos expositivos se hubiera alumbrado si, siguiendo rigurosamente un método de carácter inductivo, hubiera debido exponer todos y cada uno de los pasos de una investigación semejante.

Estas reflexiones me llevaron a emprender lo que antes he llamado el trayecto de vuelta. Viaje que es, en realidad, el enfoque final de un estudio mucho más modesto y realista sobre la sustitución procesal y que finalmente he optado por exponer con arreglo a un método definible como mixto, a caballo entre lo inductivo y lo deductivo. Quiero creer que en este viaje no cambia tanto el objeto de la investigación, que sigue siendo la sustitución procesal, cuanto el planteamiento o las perspectivas desde las que se aborda.

§. La conclusión de mi investigación –lo adelanto ya– es que la noción de sustitución procesal, más allá de un concepto descriptivo e impreciso de legitimación, no reúne la homogeneidad suficiente para poder ser considerada una categoría jurídico-procesal. Antes al contrario, encierra graves problemas de delimitación de los supuestos que comprende; resulta sumamente difícil encontrar un criterio delimitador o caracterizador de la especie; no es susceptible de un régimen jurídico-procesal homogéneo; y, en fin, incluso en la hipótesis más perfecta de sustitución procesal (piénsese en el supuesto del artículo 1111 CC), estaría todavía por ver si, por ejemplo, existe, como se suele decir, extensión o eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada. En suma, creo más bien, que aparte de la utilidad pedagógica –también importante– que tiene la sustitución procesal, los problemas que plantean sus discutibles y discutidas hipótesis se disuelven en cada tipo de problema al que mira una determinada institución, figura o expediente procesal.

Para exponer esto que no es sino el final de mi investigación –y mi tesis propiamente dicha–, he optado por dividir la exposición en tres grandes partes, claramente diferenciadas entre sí.

§. La primera parte muestra la evolución de nuestra figura en el Derecho procesal civil o, lo que es lo mismo, su detección y, sobre todo, su posterior evolución y engrosamiento dogmático.

Por descontado, el origen moderno de la sustitución –primero– en la doctrina alemana y –después– en la italiana de principios del siglo pasado, brinda una ocasión excelente para conocer el pensamiento de ilustres autores de los que es tributaria la ciencia procesal en general y que, por instructiva, conviene no desaprovechar cuando se presenta. Pero, además, existen ulteriores razones que abonan la conveniencia –cuando no necesidad– de esta parte expositiva. En primer lugar, porque sirve para acercarnos o introducirnos en la parcela de la realidad que constituye el objeto de este trabajo; lo cual tiene, a su vez, la utilidad marginal de que en muchos casos servirá para dar por conocidas nociones e ideas que, de otra forma, habrían de ser reiteradas en distintos momentos y lugares, en perjuicio de las necesarias dosis de claridad y fluidez expositivas. En segundo lugar, porque sin las aportaciones doctrinales de quienes se han acercado y han estudiado la sustitución procesal en el pasado hasta la actualidad, este trabajo queda seguramente huérfano; sobre todo teniendo en cuenta que la atención de nuestra doctrina sobre la sustitución procesal es reciente. Y en tercer lugar, porque además ésta es la parte que cumpliría la finalidad antes apuntada, consistente en ilustrar sobre la utilidad tal vez segura de la noción de sustitución procesal como germen del concepto de legitimación en el proceso civil.

§. La parte segunda es la que más tiene que ver con el método analítico empleado para estudiar la sustitución procesal, aunque su desarrollo no se sujete a estrictos cánones expositivos ni a las líneas de un método deductivo.

En esta parte se contiene, en primer término, la ubicación de la sustitución procesal en las coordenadas del proceso civil y sus relaciones con las teorías sobre el derecho de acción y la naturaleza y el tratamiento procesal de la legitimación en el proceso civil.

Ubicados en este contexto, seguidamente se aborda el análisis de los supuestos en los que, en principio, cabe las relaciones más directas con la sustitución procesal. Es el clásico supuesto de la acción subrogatoria, que –como veremos– lastra de forma muy acusada los rasgos que se predicen de la sustitución procesal, pero también el supuesto de la masa concursal en los casos de insolvencia colectiva. El estudio de estas figuras nos hará reflexionar sobre algunas de las características más señaladas que se predicen sin discusión hasta ahora de la sustitución procesal.

Analizados estos supuestos, el resto de casos de legitimación por sustitución que suelen agruparse en nuestra figura obedece, en nuestra opinión, a un mero acarrero histórico y doctrinal, como sucede, con toda claridad, con el supuesto del acreedor pignoraticio en el caso del artículo 1869.II CC o con el del usufructuario del artículo 507 CC.

Aquí no acaba nuestro análisis crítico sobre la sustitución procesal. También se incluye el estudio de los supuestos que cabe descartar de su posible ámbito, por ser innecesario e –incluso– perturbador. Este estudio se ha extendido, por lo demás, a la inviabilidad de la figura de la gestión *procesal* de negocios ajenos como un título de legitimación o, si se quiere, como una sustitución procesal *sine titulo*.

Operando de este modo cabe, a mi juicio, valorar de forma ponderada si la sustitución procesal puede considerarse o no categoría autónoma y, en su caso, de qué: si de una especie singular de legitimación cuya existencia se justifica a efectos sistemáticos o, mejor, meramente didácticos; o si, además o en lugar de ello, se trata de una figura procesal dotada de un peculiar régimen jurídico.

Con esta preocupación se ha abordado la Parte II de esta memoria doctoral que conduce, huelga decirlo, conduce a hacer un recorrido por casi todas o gran parte de las nociones, figuras y expedientes del Derecho procesal civil: desde el tratamiento de la capacidades en el proceso, hasta el tratamiento de la legitimación del llamado sustituto procesal, pasando por cuestiones de tanta importancia como los límites subjetivos de la cosa juzgada material de las sentencias firmes. De la amplitud, en fin, de los aspectos que se abordan en esta tercera parte da suficiente cuenta el índice de este trabajo, al que me remito.

Cierra, por fin, el trabajo la parte obligada de toda investigación dedicada a las conclusiones, que permiten condensar en pocas líneas resultados que no siempre se hacen suficientemente explícitos en el texto principal.

§. La última consideración introductoria del presente estudio sobre la sustitución procesal ha de referirse a los materiales que he empleado y a la forma en que lo han sido.

Como consideración global sirva decir que en lo que hace al ordenamiento jurídico español se ha tratado de agotar las fuentes doctrinales y legales disponibles, tanto relativas al Derecho procesal cuanto –si bien en menor medida– en lo que se refiere al Derecho sustantivo, seleccionando lo que me ha parecido más aprovechable a los efectos del presente estudio. En un plano más concreto, en cambio, las observaciones que deberían tenerse en cuenta las he sistematizado de la siguiente manera.

Empezando por las fuentes del Derecho procesal, ha sido objeto preferente de atención la LEC por ser el ordenamiento jurídico-procesal vigente; aunque tampoco se ha ignorado el ordenamiento precedente, del que me he servido en particular para señalar las novedades más significativas.

Para su comprensión e interpretación he acudido a las opiniones de los autores actuales, vertidas en manuales, monografías, artículos y en otras sedes que constituyen un cuerpo de doctrina nada desdeñable. En esta labor no he olvidado las contribuciones de la doctrina bajo la vigencia de la LEC de 1881, a las que he prestado particular atención para la elaboración de la primera parte del trabajo, así como, lógicamente, para todo aquello que sigue siendo válido bajo la vigencia de la LEC de 2000.

§. Mención aparte merecen los materiales empleados para el estudio de las cuestiones pertenecientes al Derecho sustantivo o material. En este punto debo comenzar señalando que, aunque he tratado de recabar la mayor información posible al respecto, el empleo de tales materiales no constituyen sino una modesta y necesaria inmersión en el Derecho sustantivo con fines meramente instrumentales; esto es, realizada no con la finalidad de terciar en disputas doctrinales ajenas, sino de conocer las diferentes concepciones sobre tal o cual figura, para finalmente optar por una de entre las existentes, en función de las consideraciones esgrimidas a favor de una o otras. Esto es, dada la amplitud de los supuestos que constituyen la base de este estudio y su normal pertenencia a disciplinas distintas de la procesal, he intentado buscar un difícil equilibrio entre, de un lado, investigar todas y cada una de las cuestiones relacionadas con las figuras sustantivas que se estudian en la parte segunda; y de otro lado, partir sin más de las conclusiones de la doctrina dominante sobre la figura de que se trate. Lo primero se ha evitado porque, por motivos obvios, desborda el objeto de este trabajo. Y lo segundo, porque soy de la opinión de quienes entienden que exponer las conclusiones y no el razonamiento que les sirve de base, es pedagógicamente inconveniente; sin mencionar lo poco riguroso que resulta, en términos científicos, estar de acuerdo con la doctrina dominante por la sola circunstancia de ser la mayoritaria. Por estos motivos, entre uno y otro extremo de los apuntados, he optado por formarme mi propia impresión y ofrecer a quienes lean este trabajo la posibilidad de que también se la formen, evitando, en particular, silenciar la postura de quienes conciben tal o cual institución de forma distinta a la que finalmente se acoge en el texto.

§. Junto a las anteriores fuentes, alguna mención merece el lugar que ha ocupado la jurisprudencia en este trabajo. En ella me he apoyado para ilustrar la forma en que los tribunales han resuelto las diferentes cuestiones, tanto de derecho sustantivo como procesal, que se suscitan al hilo del presente estudio, señalando, en su caso, su conveniencia o inconveniencia; pero sin mayores pretensiones. Con ello quiero decir que en el planteamiento de este estudio no ha estado la idea de realizar un estudio de jurisprudencia sobre la sustitución procesal. En primer lugar, porque, según una escala de prioridades, antes de realizar un estudio semejante es preciso esclarecer a qué se hace referencia cuando se habla de sustitución procesal; y en segundo lugar, porque, al centrar mi labor en esto último, es difícilmente viable asumir al mismo tiempo un estudio de verdadera jurisprudencia, sin caer en la tentación de realizar una mera y justamente criticada colección de máximas, aforismos y apogemas de dudosa utilidad. Si hubiéramos de atenernos a estas máximas, su estudio sería fácilmente resumible en la afirmación tantas veces repetida de que la sustitución procesal consiste en el ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno, y poco más. Sin embargo, como se ha dicho por ilustres autores, la verdadera jurisprudencia es bastante más que una máxima o afirmación; y su estudio, más que el examen aislado de una sentencia²⁴. Por esta razón, se comprenderá por qué casi desde el principio de la investigación renuncié a la

²⁴ L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, en el prólogo a la primera edición de sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Madrid, 2ª ed. 1973, reimpr. 1979, p. 10.

idea de dedicar una parte específica del trabajo a exponer el tratamiento de la sustitución procesal en la jurisprudencia; y por qué, a su término, sigo manteniendo esta idea y conservo la modesta opción de servirme de las resoluciones de los tribunales con fines ilustrativos.

§. Por último, en cuanto al auxilio del Derecho extranjero, valen aquí las mismas consideraciones vertidas a propósito de lo limitado de los materiales empleados para el estudio de las cuestiones de Derecho sustantivo. Singularmente, las limitaciones en esta materia empiezan ya en el número de ordenamientos extranjeros que han sido analizados. En este sentido, he optado por huir de las citas en muchos casos falsamente eruditas de legislación y doctrina extranjera insuficientemente estudiadas y comprendidas y, en su lugar, centrarme en el estudio algún ordenamiento foráneo que fuera similar al nuestro y, por tanto, accesible en lo que hace a su estudio y comprensión. Esta razón, unida a la madurez y brillantez de su doctrina, particularmente en el desarrollo dogmático de la noción de sustitución procesal, me ha inclinado al estudio del Derecho italiano, que es el que básicamente se ha manejado en la elaboración de este trabajo, sin pretensión alguna de alumbrar un estudio de Derecho comparado.

Confío en que la calidad de los materiales empleados y el uso que de ellos se ha hecho, hagan menos perceptible la omisión de otras fuentes y datos. Por lo demás, advierto también al lector que la palabras de los autores extranjeros se ofrecen ya traducidas de propia mano, salvo en aquellos señalados casos en los que la expresividad de las empleadas por el jurista en su idioma original justifique la transcripción literal de sus palabras.

La elaboración de la presente memoria doctoral ha sido posible gracias a la concesión, primero, de una de las becas de formación de personal investigador que anualmente convoca la Universidad San Pablo CEU y que disfruté durante el curso 1998-99; y después, de una de las becas de formación de personal investigador de la Comunidad Autónoma de Madrid durante los cursos 1999-2000, 2000-01, 2001-02 y 2002-03. Asimismo, debo extender mis agradecimientos a las ayudas concedidas por ambas instituciones para realizar estudios en el extranjero destinadas a sufragar tres estancias de investigación en la *Università degli Studi di Bologna* (Italia), bajo la dirección de los Profs. Federico Carpi y Paolo Biavati, durante los cursos 2000-01 y 2001-02, así como a la financiación del Ministerio de Ciencia e Innovación que me permitió disfrutar, con cargo al Proyecto de Investigación *Diez años de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (II): balance y propuestas de mejora de los procesos declarativos ordinarios*, de ref. DER2011-28188, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Julio Banacloche Palao, de una estancia en el *Dipartimento di Diritto Comparato e Penale* de la *Università di Firenze*, bajo la dirección de la Prof^a. Vittoria Barsotti.

PARTE I

LA SUSTITUCIÓN PROCESAL.

SU PROGRESIVA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA

CAPÍTULO I

La sustitución procesal como figura moderna y de paulatina construcción dogmática

1. La sustitución procesal como concepto

§. Antes de entrar en el estudio histórico–dogmático de la sustitución procesal, conviene empezar por precisar que la sustitución procesal como figura con perfiles netamente procesales tiene un origen moderno. Su historia comprende poco más de un siglo, aunque por tratarse de una figura de creación y paulatina evolución doctrinales, a lo largo de este breve –pero intenso– período ha conocido casi tantas formulaciones como autores se han ocupado de ella. De ello da cuenta esta primera parte de la tesis, pero, antes, no es inoportuno adelantar una perspectiva muy general sobre la historia de la noción que nos ocupa.

§. Cuando se dice que la sustitución procesal es –tal y como reza el título de esta parte primera de la tesis– una figura de paulatina evolución doctrinal, se está diciendo que la sustitución procesal es una categoría jurídica *abstracta*; esto es, un *concepto*, en el sentido más ortodoxo del término, o idea que permite ordenar y expresar el pensamiento. Como tal concepto, la sustitución procesal ha servido y sirve para reunir una variedad de supuestos en los que se ha creído ver la existencia de una o varias notas comunes definitorias; pero también como todo concepto, como toda operación intelectual de abstracción, tiene una existencia contingente. Su concreto contenido y aun la formulación del concepto mismo de sustitución procesal, han dependido y dependen, en general, de cada cultura jurídica y de su propia evolución y, más concretamente, del ámbito o los supuestos desde los que se opera y de los esquemas o conceptos preexistentes. De ahí la transcendencia de *contextualizar* la sustitución procesal, es decir, de ubicar su origen y su configuración dogmática, estudiando su evolución hasta la actualidad; de ahí, en suma, la importancia de realizar un examen que tiene, a mi juicio, la virtud de hacer buena la afirmación de Francesco CARNELUTTI de que «la inclusión de una figura determinada en la categoría de la sustitución procesal puede depender de la construcción adoptada para explicarla»¹. Sin esta perspectiva histórica y sin la visión dinámica que esta perspectiva ofrece sobre la figura de la sustitución procesal difícilmente cabe comprender en su verdadera significación el sentido y el alcance de una figura tan discutida y discutible como la sustitución procesal.

¹ F. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto processuale*, vol. 2º, Padua, 1986 (reproducción facsímil del vol. 2º, parte 1ª, *La funzione del processo di cognizione*, ed. de 1926), p. 243.

2. Aparición y desarrollo de la sustitución procesal en la dogmática jurídica europea

§. El origen de la sustitución procesal en la Alemania de finales del siglo XIX y principios del XX nos sitúa en los albores del procesalismo científico europeo; lo que conviene ser resaltado a dos efectos.

§. En primer término, la sustitución procesal es una figura jurídico-dogmática nacida y desarrollada bajo los esquemas de los sistemas jurídicos europeo-continenciales; desde éstos se ha extendido, por la propia influencia de estos ordenamientos jurídicos, a otros afines, como los de países latinoamericanos². Pero fuera de estos ordenamientos de base romano-germánica, como el ordenamiento alemán, el italiano o, más limitadamente, el francés (y de aquellos en donde han ejercido su influjo), la sustitución procesal no es una figura jurídica identificable o, al menos, equiparable a la noción que de ella tenemos en España y en los países de nuestro entorno.

En los sistemas del *Common Law* no es posible distinguir –salvo error u omisión por mi parte– una *procedural substitution* equivalente a nuestra sustitución procesal (o a la *Prozeßstandschaft* germana, a la *sostituzione processuale* italiana o, en fin, a la *surrogation procedurale* francesa). Y no es posible, primero, porque sólo en parte son comunes a ambos sistemas los problemas que encierra la figura de la sustitución procesal y, segundo, porque en lo común han sido otros los remedios predispuestos, porque también es otra la cultura jurídica.

Así, la legitimación de las partes en el proceso norteamericano consiente cambios y sustituciones que no se entenderían en nuestro proceso civil, en el que no es posible trasponer la figura de la gestión de negocios ajenos³. Por eso, la referencia a la *substitution of the real party in interest* que hace la *Rule 17 (a) (3)* de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas no se corresponde con lo que conocemos por sustitución procesal, sino que comprende fenómenos más amplios de *ejercicio de derechos por persona interpuesta*, es decir, de representación en el proceso⁴. Tampoco se corresponde

² Vid. algunas de estas formulaciones positivas de la sustitución procesal, *infra* Parte II, nota 2.

³ Vid., más adelante, Parte II, aptdo. 2. La figura de la gestión de negocios ajenos en el proceso, pp. 484 y ss.

⁴ La FRCP 17 (a), bajo la rúbrica de *Real Party in Interest*, dispone lo siguiente:

(1) *Designation in General*. An action must be prosecuted in the name of the real party in interest. The following may sue in their own names without joining the person for whose benefit the action is brought: (A) an executor; (B) an administrator; (C) a guardian; (D) a bailee; (E) a trustee of an express trust; (F) a party with whom or in whose name a contract has been made for another's benefit; and (G) a party authorized by statute.

(2) *Action in the Name of the United States for Another's Use or Benefit*. When a federal statute so provides, an action for another's use or benefit must be brought in the name of the United States.

(3) *Joinder of the Real Party in Interest*. The court may not dismiss an action for failure to prosecute in the name of the real party in interest until, after an objection, a reasonable time has been allowed for the real party in interest to ratify, join, or be substituted into the action.

con nuestro sentido de la sustitución procesal, sino con la figura de la sucesión procesal, la llamada *substitution of parties* de las *Civil Procedure Rules* inglesas (cfr. *Rule* 19.4).

§. Y en segundo término, la detección y posterior desarrollo de nuestra noción en la dogmática en la ciencia jurídica del siglo XIX también significa que algunos de los conceptos empleados para la nueva realidad del proceso preexisten, mientras que otros no.

Por referencia a los sujetos del proceso, en primer lugar preexiste en el ámbito del Derecho civil la figura de la *representación*, aunque de ella, se tiene –por obra de la pandectística alemana– una noción restrictiva que la limita a la llamada representación *directa* o *abierta* y productora al mismo tiempo de *heteroeficacia*; esto es, la representación en la que el representante actúa en nombre del representado (*nomine alieno*) generando efectos que se producen directa y exclusivamente en la esfera jurídica de éste (heteroeficacia)⁵. En segundo lugar, también en este tiempo se están formando la noción de *parte*, como sujeto del proceso, y los requisitos de *capacidad para ser parte* y de *capacidad procesal*, todo ello a partir de nociones de Derecho civil. Y, en tercer lugar, en materia de legitimación no preexisten más que los viejos conceptos de *legitimatio ad causam* y de *legitimatio ad processum* heredados del Derecho común y, junto a ellos, ideas pertenecientes al Derecho privado, como la idea de *titularidad*, de *derecho subjetivo*, o la de *facultad* y/o *poder de disposición*, entre otras. En este contexto, por tanto, hay que entender la historia de la sustitución procesal y cómo su paulatina configuración dogmática es en buena medida, primero, la historia del concepto moderno de *legitimación* en el proceso civil (y los problemas de delimitación de éste respecto de aquellas otras nociones atinentes a los sujetos del proceso) y, segundo, a través del concepto de legitimación, un capítulo no irrelevante en la historia del siempre delicado –y recurrente– problema de la *acción* en el proceso civil.

El primero de los sentidos indicados expresa la comprensión de la sustitución procesal dentro del fenómeno más general de la legitimación en el proceso civil. Desde este punto de vista, no se exagera ni se descubre nada nuevo si se dice que la labor de no pocos estudiosos de la ciencia jurídica consistente en desentrañar cuál sea la esencia de la sustitución procesal ha terminado dando lugar, por abstracción, al concepto moderno de *legitimación*; ni cuando se dice que éste –en frase ya célebre del prof. GÓMEZ ORBANEJA– es «uno de los

After ratification, joinder, or substitution, the action proceeds as if it had been originally commenced by the real party in interest.

⁵ Cfr. L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, con la advertencia de que este autor comprende la forma indirecta también en la figura de la representación, Pero ha sido una idea largamente arraigada la de que la representación indirecta no constituía una manifestación del mismo fenómeno; basten, para ilustrarla, las siguientes palabras de Miguel TRAVIESAS (“La representación voluntaria”, en *Revista de Derecho Privado*, núms. 106 y 107, julio–agosto 1922, p. 194): «la llamada representación directa», que es a la que se alude en el texto, «es la representación en sentido técnico, según la nueva dirección: “que quiere excluir la representación indirecta de la noción de representación”, como escribe Kipp».

más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del Derecho procesal»⁶. Ahora bien, como ya ha quedado dicho, desde la perspectiva actual de la ciencia procesal civil el problema de la sustitución procesal es, sí, un problema dogmático, pero también y sobre todo, un problema práctico: interesa saber qué es la sustitución procesal y qué tiene de peculiar su régimen jurídico. Por eso, no es preciso encarecer la influencia que han ejercido los estudios sobre la sustitución procesal en el tema de la legitimación (y viceversa). Sin embargo, tratándose de la historia de nuestra figura, esa relación no puede dejar de estar presente. La razón está en que la investigación sobre la sustitución procesal ha conducido al concepto de legitimación y este concepto no sólo no es privativo del Derecho procesal, sino que, como ya se ha dicho, constituye una de las contribuciones de la disciplina procesal al acervo jurídico general⁷.

Pero es que, además, pasando al segundo de los sentidos antes apuntados, hay que tener en cuenta que el concepto de legitimación no hubiera sido posible si previamente no se hubiera visto en la acción civil —originariamente, en la *actio* sobre la que polemizaron WINDSCHEID y MUTHER durante los años 1856 y 1857— algo más y distinto del mero ejercicio del mismo derecho subjetivo material privado. Por decirlo de otra forma, la perspectiva histórica pone de manifiesto que la detección y la formulación doctrinales de la sustitución procesal a finales del siglo XIX y principios del siglo XX no fue —si se permite el símil— sino otro de los campos en el que se libró batalla por la autonomía del Derecho procesal (civil); o, dicho en términos menos belicosos y más realistas, en la sustitución procesal se encontró un nuevo parámetro para discernir *acción* y *derecho* a través de sus correlativos términos de *legitimación* y *titularidad* (siempre en el ámbito del Derecho privado).

Pues bien, fácilmente se comprenderá que aunque se dejan conscientemente fuera de este estudio nociones y construcciones dogmáticas, como la de la acción o la de la legitimación, que exceden con mucho el limitado enfoque de este trabajo, aunque es difícil eludirlo⁸, muchas de estas ideas están —y deben estar— presentes en un trabajo sobre la sustitución procesal. Y ello, por la sencilla razón de que en la paulatina evolución doctrinal de nuestra figura no cabe establecer una rígida separación entre las contribuciones que atañen única y exclusivamente a la sustitución procesal y las que se refieren, por abstracción,

⁶ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I (Parte general. El proceso declarativo ordinario), 8ª ed., Madrid, 1976, cit., p. 135.

⁷ Así, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (*La representación...*, cit., p. 60), citado *supra* Introducción, núm. 2, nota 3, y, en el mismo sentido, J. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 12, nota 55, y pp. 14 y 42-43; J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 89-90; T. MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre-diciembre 1960, pp. 48-49; F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 2, pp. 305-306; M. LOZANO-HIGUERO PINTO, “Artículo 10”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dir. A. M. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 145; y, en la doctrina italiana, E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* cit., p. 193; G. TOMEI, “Legittimazione ad agire”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, Milán, p. 65-66.

⁸ *Vid.*, más adelante, sobre el derecho de acción y sobre la legitimación en el proceso civil, el Capítulo V de la Parte II, pp. 223 y ss.

a la noción de legitimación o a la acción; ni entre las aportaciones de los procesalistas y las que trascienden el ámbito netamente procesal. Quiere decirse, por tanto, que sin perder de vista el objetivo declarado de desentrañar qué es y en qué consiste la sustitución procesal en el ámbito civil, a la hora de examinar la evolución histórico-dogmática de nuestro concepto es preciso referirse en no pocas ocasiones a esas otras nociones más generales (*derecho subjetivo, poder de disposición, acción, legitimación*, etc.) que también han influido –la influencia ha sido recíproca– en el entendimiento de la sustitución procesal.

3. Momentos señalados en la construcción dogmática del concepto de sustitución procesal

§. Advertida, pues, la dificultad del tema, no está de más adelantar, todavía en sede de consideraciones generales, los momentos más señalados en la configuración dogmática de la sustitución procesal.

Esos momentos cabe situarlos, en mi opinión, en la obra de Josef KOHLER y en la de Giuseppe CHIOVENDA. Sin perjuicio de los muchos matices que se derivan de un análisis detenido, al primero le debemos la detección hacia el año 1886 de la sustitución procesal, bautizada entonces con el «intraducible» término de *Prozeßstandschaft*⁹ que a la postre ha perdurado en la doctrina alemana; mientras que al segundo corresponde el mérito de haber logrado la generalización de esta figura haciendo de la *Prozeßstandschaft* de KOHLER una categoría jurídico-procesal encuadrada en la teoría de las partes en el proceso civil y rebautizada por el maestro italiano con los extendidos términos de *sostituzione processuale*¹⁰.

Estos dos momentos marcan dos etapas fundamentales en la consideración de la sustitución procesal, aunque desde el punto de vista de la situación española no puede ignorarse que ha sido la doctrina italiana la que ha ejercido mayor influencia sobre nuestros autores. Nuestro entendimiento sobre la sustitución procesal está notablemente influenciado por estos dos factores históricos: de un lado, por la evolución que la *Prozeßstandschaft* de KOHLER experimentó en la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX merced a los estudios de CHIOVENDA y, de otro lado, por la tardía importación –desde Italia– de la noción de sustitución procesal en nuestro país, cuando ya estaban asentados otros conceptos, figuras y expedientes relacionados con ella. O si se quiere, dicho de otro modo, la tardía recepción en España de la figura de la sustitución

⁹ El calificativo es de Ángel ENCISO (“Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1936, junio, p. 215). En el mismo sentido de poner de manifiesto la dificultad de una traducción adecuada, cfr. J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Madrid, 1943, p. 124; y J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, La sustitución procesal, Madrid, 2004, pp. 56-58.

¹⁰ Los términos chiovendianos *sostituzione processuale*, luego recibidos por toda la doctrina italiana y por la española (en este caso debidamente traducidos como *sustitución procesal*), aparecen ya en la primera edición, de 1906, de los *Principii di Diritto processuale civile*, de CHIOVENDA (pp. 364 y ss.).

procesal –a modo, se diría, de producto final- nos ha ahorrado, de un lado, la laboriosa tarea de construir el concepto de legitimación a partir de los fenómenos de sustitución procesal; pero también nos ha hurtado, de otro lado, la posibilidad de elaborar con materiales propios una doctrina española sobre esta figura (e, incluso, la de rebatir la necesidad de un concepto que en gran medida supone una duplicidad innecesaria cuando ya se cuenta con otro omnicompreensivo, como es la legitimación).

No obstante, la falta de una doctrina propia sobre la sustitución procesal no ha sido obstáculo a que, debido a esa tardía recepción, la visión que tenemos sobre ella en España no se acomode plenamente ni a la que impera en Alemania ni a la que impera en Italia. No se corresponde con la doctrina alemana, porque ésta ha construido y explicado los supuestos de sustitución procesal basándose en la idea de gestión de derechos ajenos, idea a la que ha sido y es ajena al procesalismo español; y tampoco se corresponde con la italiana, porque, además, por ejemplo, de que en la doctrina italiana se han incluido supuestos que en España explicamos recurriendo a la sucesión procesal o a otros expedientes procesales, en Italia –en una especie de inversión de los términos clasificatorios– la sustitución procesal es el género –y no una especie– de legitimación extraordinaria y, por tanto, aglutina supuestos de lo más variado.

§. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, esta primera parte dogmática se divide en tres secciones, claramente diferenciadas, que respetan un cierto orden temporal y espacial. La primera atiende al origen de la sustitución procesal en Alemania; la segunda, a la importación y reelaboración de la *sostituzione processuale* en Italia por obra de CHIOVENDA y, sobre todo, por el resto de la doctrina italiana; y la tercera, a la recepción y formulación de la sustitución procesal en España.

CAPÍTULO II

La detección del fenómeno de la sustitución procesal en la doctrina alemana

1. El origen de la figura de la sustitución procesal en la emergente doctrina procesalista de finales del siglo XIX. Su falta de antecedentes con anterioridad a Josef KOHLER

§. Sin remontarse en el tiempo más de lo estrictamente preciso, la construcción de la sustitución procesal arranca de los estudios de la dogmática germana de finales del siglo XIX y, señaladamente, de la obra de Josef KOHLER, a quien cabe atribuir el hallazgo del fenómeno y su formulación con caracteres típicamente procesales. Este autor vio en algunos supuestos la rareza consistente en que la tutela que una persona solicita de los tribunales produce sus efectos materiales en la esfera jurídica de un tercero de forma directa e inmediata o, como diríamos hoy con terminología moderna, que un sujeto afirma frente a otro la pretensión que ordinariamente correspondería pedir a un tercero y con efectos para éste. Éste es, en apretada síntesis, el origen más inmediato de nuestra figura, el arranque de los estudios sobre la sustitución procesal, cuando, merced a los trabajos de la pandectística alemana de la segunda mitad del siglo XIX, el Derecho procesal empezaba a adquirir autonomía frente al Derecho material, que hasta entonces embebía el fenómeno procesal. De hecho, no debe atribuirse a la casualidad la coincidencia temporal -y hasta espacial- de la detección de la sustitución procesal y la elaboración científica del Derecho procesal en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX. Más bien, se trata, la sustitución procesal, de una figura que no puede cabalmente existir sin una concepción de la acción que distinga ésta del derecho subjetivo material, esto es, sin una concepción *dualista* sobre la acción y el derecho subjetivo privado. Por esta razón, no resulta caprichoso ni arbitrario, sino, al contrario, muy razonable, ubicar en KOHLER el origen de la sustitución procesal, como así hace la mayor parte de la doctrina³⁵. No obstante,

³⁵ Vid., para la doctrina alemana, K. HELLWIG, *System des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1912 (reed. 1968), t. I, p. 166, nota 1; J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil* (trad. de la 2ª ed. alemana por L. Prieto-Castro con adiciones de N. Alcalá-Zamora Castillo), Barcelona, 1936, p. 116; L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, t. I (trad. de la 5ª ed. alemana de Á. Romera Vera), Buenos aires, 1955, p. 257, nota 19. Para la doctrina italiana, *vid.*, entre otros, G. CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, t. II (trad. de J. Casais y Santaló con notas de A. Salvador Bosque, Madrid, 2000, p. 26, nota 1; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, *op. cit.*, pp. 1 y 3; A. SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1911, p. 132; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, reimpr 1992, p. 250, nota 2; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, t. I (*Introduzione e parte generale*), ed. 6ª, Turín, 1964, p. 343; G. B. DE MAURO, "I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale", en *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, núm. 5, p. 1171.

Ya en nuestro país han ubicado en KOHLER los orígenes de la sustitución procesal, entre otros, L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, Pamplona, 1982, p. 312, nota 15; F. CORDÓN MORENO, *Anotaciones acerca de la legitimación*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 2, p. 324, nota 41; F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., Barcelona, 1992, p.

el ya mencionado carácter abstracto del concepto de sustitución procesal puede justificar que otros autores con criterios más estrictos prefieran señalar a HELLWIG como el autor en el que más nítida y elaborada aparece la idea de sustitución procesal³⁶; o a que, apenas anticipándola en el tiempo, quepa incluso encontrar en las explicaciones de WACH alguna alusión a la idea de sustitución procesal. Como fácilmente se comprenderá, el carácter abstracto de esta noción no sólo justifica cualquiera de estas opciones, sino que además pone de manifiesto que señalar el origen de esta figura depende, en buena medida, de la propia concepción que se tenga de la sustitución procesal. Pero lo que no cabe –al menos, por referencia al proceso de declaración– es ver antecedentes de la sustitución procesal antes de este período y, dentro de él, lo más acertado es tomar la *Prozeßstandschaft* de KOHLER como la noción, si se quiere, imperfecta o embrionaria de esta figura, puesto que con sus estudios se pusieron las bases para contemplar la sustitución procesal como un fenómeno identificable y de perfiles señaladamente procesales. De ahí que su obra constituya el primer *antes y después* de la historia de la sustitución procesal.

§. En efecto, antes de KOHLER la extraordinariedad de algunos de los supuestos que después se agruparon bajo la figura de la sustitución procesal no pasó desapercibida para otros autores y en otros ordenamientos. Sin embargo, no resulta apropiado ver en ellos el antecedente inmediato de nuestra figura. En primer lugar, porque –como más adelante se verá– en las ideas de este autor cabe vislumbrar nítidamente que el poder o facultad que reconoce u otorga el ordenamiento al sustituto se endereza al ámbito del proceso. En segundo lugar, porque KOHLER imprimió a ese poder o facultad un incipiente valor sistemático y general del que carecen las observaciones de otros autores anteriores o contemporáneos. Y en tercer lugar, porque incluso frente a otros autores con planteamientos también procesales, KOHLER distinguió y agrupó bajo la figura de sustitución procesal hipótesis que venían presentándose, ya como supuestos de representación relativos a la capacidad procesal de la parte, ya como supuestos de ejercicio del propio derecho (o, como diríamos hoy, de legitimación propia), o ya como supuestos problemáticos, sin más.

Luego, de un lado, no resulta correcto detectar el origen de la sustitución procesal en algunas de las hipótesis de legitimación por sustitución que antes de KOHLER vinieron calificadas por los exegetas y los tratadistas de Derecho civil como supuestos de *cesión legal de acciones*, de *subrogación legal*, de *representación legal*, etc., referidas, por lo general, a la acción subrogatoria y a las acciones pignoraticias. Se trata, sí, de explicaciones que prepararon el

263; J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con M. ORTELLS RAMOS y J. L. GÓMEZ COLOMER), t. II (*Proceso civil*), vol. 1º, Barcelona, 1994, pp. 36-37; en *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, p. 51, nota 76; y J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Madrid, 2004, p. 19.

³⁶ Así, para ALLORIO (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 250, nota 2) y para MONTELEONE (*Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milán, 1975, pp. 202-203, nota 21) fue HELLWIG quien profundizó en el fenómeno detectado por KOHLER. Y, ya en nuestra doctrina, GÓMEZ ORBANEJA ha apuntado a HELLWIG como el autor que, partiendo de los supuestos detectados por KOHLER, sustituyó el concepto de legitimación por el de *derecho de conducir el proceso* (*Derecho procesal civil*, I, cit., p. 139).

camino para la detección de la sustitución procesal, pues con ellas se pusieron ya de manifiesto la extraordinariedad de ciertos supuestos que no encontraban claro ajuste en los conceptos –luego, convencionales– acuñados por la doctrina de la época. Pero no cabe olvidar que fueron siempre ofrecidas desde consideraciones iusprivatistas sobre los derechos de los justiciables. Esto es, basadas no en una noción de acción en sentido técnico–procesal, ni en una idea poco depurada –pero sí reconocible– de la acción, sino en el puro y simple ejercicio del mismo derecho subjetivo de carácter sustantivo o material que se hace valer. De ahí que la falta de correspondencia entre el sujeto que actúa y el titular “natural” del derecho actuado viniera también expresado en términos de atribución no voluntaria del derecho subjetivo material.

De otro lado, tampoco en sede del naciente procesalismo científico resulta posible encontrar en autores contemporáneos de KOHLER referencias a la idea –impropia– de *ejercicio de derechos ajenos* dignas de ser mencionadas como antecedentes verdaderos y propios de la sustitución procesal. Sin perjuicio de reconocer la agudeza y el acierto de algunas de esas observaciones, probablemente tampoco estaría justificado ubicar en ellas el origen de la sustitución procesal, ya que ésta no es reconocible como figura o noción general, ni se pone, en principio, en relación con la legitimación, sino, a lo sumo, con problemas de capacidad (de la que la sustitución siempre ha necesitado ser distinguida). Así, por ejemplo, Adolf WACH hizo alusión al «ejercicio de derechos ajenos» al tratar los problemas derivados de la coexistencia entre la plena capacidad procesal de la mujer casada en el ordenamiento procesal alemán y la facultad de administración que competía al marido sobre los bienes de la esposa según el Derecho civil³⁷; pero los problemas de naturaleza jurídica que este autor detecta en esa facultad de administración del marido sobre los bienes de una persona procesalmente capaz le llevan a ubicar esa facultad en el terreno de la capacidad procesal (y no de la legitimación), si bien marcando algunas diferencias con la figura de la representación legal³⁸. Con ello se estaban detectando los problemas dogmáticos de un supuesto muy concreto que no responde claramente a los esquemas generales de la capacidad procesal, pero también es claro que la solución a los mismos no los condujo el maestro alemán a ninguna forma –ordinaria o extraordinaria– de legitimación. Por lo tanto, pretender deducir de

³⁷ A. WACH, *Manual de Derecho procesal civil* (trad. de la ed. alemana de 1885 por T. A. Banzhaf con estudio preliminar de N. Alcalá-Zamora y Castillo, por la que se cita), t. II, Buenos Aires, 1977, pp. 328-330.

³⁸ El razonamiento del maestro alemán al hilo de esa discutida naturaleza del derecho de administración del marido es el siguiente: “(...) aunque (el derecho de administrar del marido) no pueda construirse como un verdadero derecho sobre los bienes de la mujer, sino únicamente como un ejercicio de derechos ajenos; aunque el hecho de que el marido litigue sobre los bienes de la mujer sea el modo de hacer valer los derechos de ésta por vía de representación, y el derecho de administración no confiera más que la *legitimatio ad processum*, y no la *legitimatio ad causam*; aunque todo esto se manifieste con especial claridad en la exclusión de la compensación por deudas del marido o en el caso de que la tutela de la mujer la ejerza eventualmente un tercero o por último en el efecto de cosa juzgada de las sentencias logradas por el marido a favor o en contra de la mujer, todo esto no autoriza a concluir que esa representación sea hoy una representación *legal* en el sentido de representación de una persona incapaz desde el punto de vista procesal. Porque ante todo ya no hay incapacidad procesal de la mujer (...) La peculiar relación jurídica matrimonial da al marido, como jefe de familia, un derecho de representación dentro de los límites del llamado derecho de administración, también para representar a la mujer. Su fundamento está en el esencial interés *propio* que tiene el marido en esa facultad suya y al cual debe esa facultad; es por lo tanto imposible que la capacidad procesal de la mujer la afecte” (A. WACH, *ibidem*).

estas observaciones una noción germinal de la sustitución procesal resulta, cuando menos, muy discutible³⁹.

§. La conclusión que hasta aquí cabe extraer de lo anterior es que por las mismas razones por las que, al decir del prof. MONTERO AROCA, «de la legitimación podrá empezarse a hablar cuando se distinga entre derecho subjetivo y acción»⁴⁰, tampoco pueden situarse los antecedentes inmediatos de la sustitución procesal ni en las normas que prevén supuestos de legitimación por sustitución, ni en las explicaciones ofrecidas sobre las mismas desde consideraciones civilistas. Antes al contrario: pese a que los supuestos de derecho sustantivo que normalmente se incluyen en la categoría de sustitución procesal son muy anteriores al inicio de los estudios sobre ésta; y también pese a que en otros momentos y sistemas es posible encontrar figuras en cierta medida similares a las que hoy conocemos bajo el nombre de sustitución procesal, sólo puede hablarse propiamente de orígenes inmediatos de la *sustitución procesal* a partir de los estudios de la doctrina europea del siglo XIX y XX, cuando empiezan a elaborarse el concepto de acción como entidad diversa del derecho subjetivo material y el de legitimación, como atribución de la titularidad de la acción o bien como afirmación de esa titularidad.

Quiere decirse que, desde una perspectiva netamente procesal, buscar antecedentes remotos de nuestra figura en –por ejemplo– el Derecho romano o en el Derecho común, aun cuando se encuentran fenómenos de disociación entre titularidad y ejercicio del derecho, de la acción o del interés actuado, no facilita en absoluto el estudio de la figura de la sustitución procesal. Se podrán detectar, sí, los orígenes de algunas de las hipótesis que vienen englobándose dentro de esta noción o próximos o cercanos a ella⁴¹; pero, salvo a los ojos del intérprete, ni las unas ni los otros se corresponden propiamente con el sentido que se ha dado a la legitimación por sustitución, al menos en nuestro país⁴².

³⁹ Ni siquiera en la distinción establecida por WACH entre *parte material* y *parte formal* (después acogida y reelaborada por CARNELUTTI) es posible reconocer alusiones a la sustitución procesal. Esta distinción tiene, en efecto, la virtud de distinguir en el representado –y no en el representante– a la verdadera parte, al sujeto de la relación jurídica procesal; pero se trata de una construcción a la que sólo se acomoda bien la representación llamada *directa* o *abierta*, como se infiere de su definición de *parte material*: “el sujeto *en cuyo nombre y por cuya cuenta* se conduce el proceso, *en cuyo interés* se peticiona la tutela (...) por ser de quien se afirma que es el sujeto activo o pasivo de la *res in iudicium deducenda sive deducta*, de la relación jurídica material que constituye el objeto litigioso” (*Manual...*, cit., pp. 281-282; la cursiva es mía). En cambio,

⁴⁰ J. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997, p. 16.

⁴¹ Así, por ejemplo, podrían estudiarse los hipotéticos o dudosos antecedentes romanos de la acción subrogatoria (*vid.*, por todos, A. CANTONI, “Le origine dell’azione surrogatoria”, en *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, vol. V (1907), I, pp. 43 y ss. y, en nuestro país, Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, Madrid, 1995, pp. 15 y ss.). Sin embargo, se trataría sólo de un estudio parcial, sobre la acción subrogatoria, y no de un estudio sobre la sustitución procesal propiamente dicha.

⁴² Así, p. ej., TOMMASEO (*L’estromissione di una parte dal giudizio*, Milán, 1975, pp. 12-16) parte –como la mayor parte de la doctrina italiana– de la base de considerar la sucesión procesal por intervención provocada como un supuesto de sustitución procesal, llega a ver antecedentes de esta última figura ya en el juicio ordálico romano (por la exigencia de hacerse

2. La sustitución procesal y el Derecho romano

2.1. LA IRRELEVANCIA DE LA NOCIÓN DE LEGITIMACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

§. Con mentalidad actual quizá cabría ver en el Derecho romano un anticipo de algunas manifestaciones modernas de legitimación extraordinaria en general y de sustitución procesal en particular. Sin embargo, como ya pusiera de manifiesto Ángel ENCISO a propósito de la noción de legitimación, ello no pasaría de ser un deseo del intérprete «y no una realidad del Derecho romano»⁴³; en otras palabras, un anacronismo. La noción misma de la legitimación era desconocida en el Derecho romano y sólo aparece muchos siglos después –en la edad moderna– como fruto de labores reinterpretaivas sobre los textos romanos⁴⁴.

La construcción del Derecho romano⁴⁵ sobre un sistema de *actiones*, distintas y típicas (bien de origen legal, bien de origen pretoriano) cada una de las cuales tenía su propia finalidad y presuponía siempre en el actor el derecho a obtener la tutela a la que cada una de ellas se refería (a tal fin servía la *denegatio actionis*), determina la imposibilidad de concebir una suerte de *sustitución procesal romana*. Por decirlo con otras palabras, las empleadas por ENCISO, «el Derecho romano desconoció la necesidad de un complejo de normas que regulasen un concepto autónomo destinado a justificar la presencia en el

sustituir a uno mismo por otros, propia del duelo ordálico) y, con más seguridad, en el Derecho postclásico: «el garante –afirma este autor– resulta cada vez más un sustituto, en el sentido moderno del término». Como bien se advierte, el error parte, de nuevo, del apriorismo de considerar la sucesión procesal motivada por la intervención provocada del garante como hipótesis de sustitución procesal.

⁴³ Á. ENCISO, “Acción y personalidad...”, *loc. cit.*, mayo, p. 172; y, en el mismo sentido, E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, *ibidem*, y T. MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre-diciembre 1960, p. 62.

⁴⁴ Entre los propios jurisconsultos que ayudaron a acuñar la noción –y, en ocasiones, la confusión– sobre la *legitimatio* y sus diversas acepciones se reconoce la ajeneidad de la noción de legitimación en el Derecho romano. Así, Dietericus Daniel COTTA, en su *Dissertatio iuridica inauguralis de legitimacione ad causam*, leída en la escuela de Magdeburgo el 9 de marzo de 1712, § 1, mantiene que «*legitimationis vocabullum iuri Romano incognitum, hodie vero in foro maxime frequens*», «*ipsum tamen legitimacionis vocabulum, quantum nobis constat, in legibus Romanis non invenitur, ne quidem in illa materia*»; y para Guilielmus Julius PLANCK, la *legitimatio* es «*barbara vox*», «*aliena est legitimatio ad causam a Romani legibus*» (*De legitimacione ad causam*, Göttingen, 1837, pp. 1 y 3).

⁴⁵ *Vid.*, para el estudio del Derecho romano, Á. D’ORS, *Derecho privado romano*, ed. 9ª, Pamplona, 1997, p. 140 y *passim*; P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano* (trad. española de L. Bacci y A. Larrosa de la 8ª ed. italiana), 3ª ed., Madrid, 1965, pp. 79-81, 126-127 y 175-178; G. PUGLIESE, “Azione (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. II, Turín, 1957, pp. 24-29; J. L. MURGA, *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Zaragoza, 1980, pp. 72-75, 85-99 y 238-241; G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, *cit.*, Turín, pp. 259 y ss. y 331 y ss.; R. QUADRATO, “Rappresentanza in generale. a) Diritto romano”, *loc. cit.*, pp. 417 y ss.; R. ORESTANO, “Rappresentanza. Diritto romano”, *loc. cit.*, pp. 795 y ss.; E. DE SIMONE, “Rappresentanza in giudizio (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIV, Turín, 1967, pp. 857 y ss.; y C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Turín, 1959, pp. 2-19.

proceso de no titulares de la relación jurídica en litigio»⁴⁶. Por este motivo, se ha dicho, con razón, que desde el punto de vista del Derecho romano la figura de la sustitución procesal habría sido «poco menos que herética»⁴⁷, aunque a ella se le aproxima mucho la representación romana y las diversas funciones que se le fueron acumulando.

2.2. LA REPRESENTACIÓN ROMANA: PECULIARIDADES Y DIFERENCIAS CON LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. Lo más parecido al fenómeno moderno de la sustitución procesal es la representación romana; pero se trataría, en realidad, de una construcción artificiosa y hasta, si se quiere, doblemente artificiosa, por pretender deducirla de una figura como la representación, que en el Derecho romano presentó unas características del todo particulares y que llegan al punto de haber llevado a no pocos autores a construir todo un mito sobre su inexistencia en este período⁴⁸. Con esta cautela, por lo tanto, hay que acudir a la figura de la representación si se quiere encontrar fenómenos de disociación entre “titularidad” y “ejercicio” que parece ser común a todas las formas de legitimación extraordinaria en general.

Lo más señalado de la representación romana está en la falta generalizada de un elemento tan sofisticado y espiritualizado como el que hoy denominamos *heteroeficacia*; esto es, la imputación directa e inmediata de los efectos de un acto a favor de persona distinta del agente a través de la ficción consistente en entender que lo realizado por el agente (representante) sirve como hecho por el destinatario de los efectos (representado). En el Derecho romano, y al menos en el tiempo de las *legis actiones*, no sólo no existe tal ficción, sino que la rigidez del procedimiento exigía siempre la presencia personal del interesado; de ahí que, según nos cuenta GAYO, la regla general –salvo en determinados casos– era en ese tiempo la prohibición del *agere nomine alieno*: «*olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent alieno nomine agere non liceret praeterquam ex certis causis*»⁴⁹.

⁴⁶ ENCISO, “Acción y personalidad...”, *loc. cit.*, mayo, p. 171.

⁴⁷ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, *cit.*, p. 20.

⁴⁸ *Vid.*, entre otros, R. ORESTANO, “Rappresentanza. Diritto romano”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIV, Turín, 1967, pp. 796 y 800; R. QUADRATO, “Rappresentanza in generale. a) Diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Milán, 1987, pp. 417-418; y P. D’ONOFRIO, *Commento al Codice di procedura civile*, t. I, 3ª ed., Turín, 1953, p. 132. Esta visión, no obstante, parte de la premisa –muy en boga en la pandectística alemana– de no ser la representación *indirecta* –del tipo de la romana– verdadera representación; postura que se encuentra en la actualidad superada no sólo por la generalización de formas de representación directa en el Derecho tardo-romano, sino, sobre todo, por la reconsideración moderna –al menos, en el plano sustantivo– de la representación *indirecta* o *cerrada* como otra forma o modalidad también admisible de representación.

⁴⁹ Gayo, *Instituciones*, IV, 82. Las excepciones a la prohibición de *agere nomine alieno* estaban limitadas, según la fuentes justinianeas, a las acciones *pro populo*, *pro tutela*, *pro libertate* y *rei publicae causa* o *ex Lege Hostilia*. Sin embargo, la concurrencia del *agere nomine alieno* excusa, al menos en este momento, que deban ser consideradas supuestos de legitimación y no de representación (aunque dichas acciones podían ser ejercitadas ampliamente, por casi cualquier ciudadano, lo que las acerca más a la legitimación que a la

En la época de las *legis actiones* ni siquiera se concibe, como regla, una representación directa; y, en los casos en que se excepcionalmente se admite, no se trata de una representación productora de *heteroeficia*: el representante no está en el proceso por otro -el representado- y con efectos para éste, sino que en realidad actúa por sí mismo, en su propio nombre, asumiendo directamente los derechos, las obligaciones y las cargas del proceso como propias (sobre todo a partir del momento de la *litis contestatio*), sin perjuicio de las relaciones internas entre representante y representado. Se trata de un mecanismo que llega al mismo resultado representativo que la representación directa, si bien de forma oblícua o indirecta, atribuyendo al sujeto que ejercita la acción la condición de interesado -se habla entonces de *dominus litis*-, a través de un expediente que la doctrina romanista ha denominado de *trasposición de personas*; esto es: el *iudex* pronunciaba la *condemnatio* a favor o en contra de un sujeto (el representante), pese a que fuera otro sujeto (el representado) quien constara como autor o destinatario de la *intentio* con la que se iniciaba el procedimiento. Luego, más que de una modalidad de legitimación de carácter extraordinario, se trataba -en función los supuestos en que excepcionalmente se admitía- bien de una forma de representación procesal de carácter indirecto o cerrado (figuras del *cognitor* y del *procurator*), bien de una forma encubierta de cesión del crédito (*procurator in rem suam*), o bien de una manifestación de lo que actualmente se conoce como responsabilidad por hecho ajeno (*actiones adiectitiae qualitatis*). De ahí que se haya afirmado que la diferencia entre esta representación romana y la moderna sustitución procesal radica en «la responsabilidad no sólo procesal, sino también material» del representante romano⁵⁰; y que todavía pueda añadirse esta otra: que mientras la representación romana implica siempre una esfera interna de relaciones entre representante y representado cuya función es la de completar la eficacia representativa de la gestión del primero traspasando al segundo sus efectos, así como -en todo caso- la de liquidar las relaciones entre ambos, en la sustitución procesal, porque ésta no puede tener su origen en la voluntad de sustituto y sustituido, en principio no existe más esfera que la externa, esto es, la actuación del sustituto en el proceso, con independencia de la voluntad del sustituido (e incluso, en algunos casos, pese a su voluntad contraria).

§. Estas diferencias impiden ver en las hipótesis de representación romana -es decir, en las excepciones a la regla prohibitiva del *agere nomine alieno*- un antecedente histórico de la sustitución procesal. En los supuestos de cesión de créditos, porque el *procurator in rem suam* está, en realidad, en el proceso por sí mismo, por su propia cuenta e interés, en virtud del derecho que le ha sido transmitido por el anterior titular, aunque el Derecho romano -si atendemos a lo que dice de él Gayo- le hace obrar en nombre de éste. En el caso de las *actiones adiectitiae qualitatis*, nacidas para solventar los problemas prácticos derivados de la insolvencia de los *filiifamilias* (y luego ampliadas a esclavos e incluso a personas libres dependientes del *paterfamilias*), porque se trata de un

representación; sobre estos supuestos, *vid.*, por todos, G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Turín, pp. 332-335 y ss.).

⁵⁰ C. MANDRIOLI, *La rappresentanza...*, *cit.*, p. 5.

problema de imputación de responsabilidad al *paterfamilias*, y no un (falso) supuesto de sustitución procesal pasiva⁵¹. Y en cuanto a las figuras del *cognitor* y del *procurator*, porque incluso haciendo abstracción de las responsabilidades materiales y procesales del representante en dichos supuestos, aquéllas de lo que son antecedente en realidad –al menos en el ámbito procesal– es de la actual postulación y defensa técnicas, es decir, del abogado y procurador actuales (aunque la figura del *procurator* ha tenido derivaciones más amplias en el Derecho privado material). Por ello, ver, como algunos autores han sugerido, en el *cognitor* y en el *procurator* romanos a un sustituto procesal, haciendo coincidir a través de la Historia postulación y legitimación por sustitución en estos representantes, provoca una confusión de figuras distintas⁵².

⁵¹ Ello resulta claro si se observa, en primer término, el origen de esas *actiones*. En unos casos, la responsabilidad del *paterfamilias* deriva de haber consentido el ejercicio de una actividad naviera, comercial o mercantil del *filius* (*actiones exercitoria, institoria y tributaria*); en otros, de haber consentido la administración de su propio patrimonio por parte del *filius* (*actio de peculio*), la celebración de un negocio entre el *filius* y un tercero (*actio quod iussu*) o aun de haber aprovechado los efectos patrimoniales del negocio concluido por el *filius* con el tercero (*actio de in rem verso*). En todas estas hipótesis existe un título de imputación de la responsabilidad del *paterfamilias* por lo hecho por el *filius*. Además y en segundo término, el problema ni siquiera se pone desde el punto de vista de la parte activa; es decir, con ellas no se pretende tanto defender la actividad negocial del *filius* en su propio beneficio o en el del *paterfamilias*, cuanto de facilitar a los terceros la efectividad de sus derechos de contenido patrimonial con cargo al patrimonio de la persona a la que se halla sujeta el obligado incapaz. Y en tercer término, la responsabilidad del *paterfamilias* ni siempre era exclusiva, puesto que en algunos casos podía concurrir con la responsabilidad del *filius*, ni era ilimitada en todo caso, ya que, por ejemplo, en la *actio de peculio* la responsabilidad del *paterfamilias* estaba limitada a la suma del peculio otorgado al *filius* para su administración. En suma, en estas *actiones* difícilmente puede verse un antecedente remoto de la sustitución procesal y sí, en cambio, cierta similitud con figuras actuales de responsabilidad por hecho ajeno.

⁵² La postura que se critica en el texto principal goza de cierto predicamento en Italia. Así, para QUADRATO (“Rappresentanza in generale. a) Diritto romano”, *loc. cit.*, pp. 420-421), el *cognitor* era «el sustituto procesal designado (*datus*) por quien estaba en la imposibilidad de *litigare per se* a causa de la edad (en cuanto mayor de sesenta años) o por enfermedad»; en otros términos, «el *alter ego* del *dominus*, el que viene puesto en el lugar de otra persona para hacer sus veces, para sustituir hasta el punto de ser considerado *domini loco*: “*Cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituaturn cognitor, merito domini loco habetur*” (Gayo, 4, 97)». PROVERA, por su parte, mantiene que mientras pervive en el procedimiento de las *legis actiones* la necesidad de la fórmula con transposición de sujetos a fin de justificar la presencia del *cognitor* y del *procurator* en el mismo y con efectos para ellos, estamos en presencia, no de representación directa, sino de interposición gestoria o sustitución procesal. «La desaparición de la fórmula –dice este autor– que cuando se empleaba por un *cognitor* o por un *procurator* evidenciaba, en la *intentio*, que éstos actuaban *nomine alieno* en condición de sustitutos procesales, favoreció ulteriormente la consideración del instituto desde la perspectiva no ya de la interposición gestoria, sino desde la de la representación directa» (*Lezioni sul processo civile giustiniano*, *cit.*, p. 347; *vid.* también pp. 335 y 349). Y, en fin, LUZZATO se pronuncia en términos meridianamente claros: «Entre las excepciones dilatorias se comprenden todo el complejo de las excepciones *si alieno nomine agatur*, es decir, de las excepciones concernientes a la representación procesal [...] [que] se entendía como una verdadera y propia sustitución procesal, en la cual el representante está legitimado, *in proprio*, para el ejercicio de toda actividad procesal, sin perjuicio de las

3. La inexistencia de la sustitución procesal en el *Ius Commune*

§. Lo mismo cabe decir del amplio período del Derecho medieval y la de la Edad Moderna en cuanto a la falta de antecedentes de la sustitución procesal. Tampoco a lo largo de este extenso período cabe vislumbrar fenómenos de sustitución procesal que merezcan ser reconocidos como antecedentes de esta figura. No obstante, la importancia de este período histórico suele señalarse por la aparición del término *legitimatio* y los diversos significados que, confusamente y siglos después le atribuyeron los jurisconsultos modernos⁵³.

§. Lo más destacable de este período es que se suele situar en él⁵⁴, como fruto de una creación medieval sobre los textos romanos, la aparición del concepto de legitimación con distintos significados: a) la *legitimatio ad praxim*, para aludir a la defensa y representación del litigante por parte de abogado y procurador; b) la *legitimatio ad personae* y la *legitimatio ad processum* (o *ad acta*), para referirse a lo que hoy conocemos como capacidad para ser parte y como capacidad procesal, relativa esta última a la *legitima persona standi in iudicio*⁵⁵; y c) la *legitimatio ad causam* (*petendi*), que alude –según la definición de PLANK, ya modernamente en 1887– «*sibi esse ius hanc causam iam prolatam proprio nomine ac iure agendi*»⁵⁶.

Sin embargo, esta última noción de *legitimatio ad causam* no es una creación medieval, sino que obedece a una teorización mucho más tardía de los jurisconsultos modernos alrededor del término *legitimatio*, que quisieron ver

relaciones internas entre él y el representado» («*Eccezione. A) Diritto Romano*», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Milán, 1965, p. 137).

En cambio, la corriente mayoritaria ve en estos casos, como afirma ORESTANO, «un ejemplo seguro de representación procesal voluntaria» («*Rappresentanza. Diritto romano*», *loc. cit.*, p. 797), habida cuenta de que la designación del *cognitor* se efectuaba, según narra Gayo, *certis verbis in litem coram adversario* (GAYO, *Instituciones*, IV, 83). La designación del procurador, en cambio, no se efectúa *certis verbis in litem*, sino en virtud de *mandato et absente et ignorante adversario constituitur* (GAYO, *Instituciones*, IV, 84).

⁵³ Vid., por todos, Dietericus Daniel COTTA, *Dissertatio iuridica inauguralis de legitimacione ad causam*, *cit.*, y Guilielmus Julius PLANCK, *De legitimacione ad causam*, *cit.*

⁵⁴ Cfr. Á. ENCISO, «Acción y personalidad...», *loc. cit.*, mayo, pp. 173-175 y 210-212; MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, *loc. cit.*, p. 62; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil...*, I, *cit.*, pp. 137-139; M. MORÓN PALOMINO, *Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa...*, *loc. cit.*, pp. 477-478; y J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pp. 29-31, y *La legitimación colectiva...*, *cit.*, pp. 10-14.

⁵⁵ Esta equiparación, tan extendida en la ciencia procesal, entre la «*legitima persona standi in iudicio*» (que aparece por primera vez en el *Corpus Iuris Civilis*, 3, 6, 1-3) y la capacidad procesal no es completamente exacta con el significados de la «*legitima persona standi in iudicio*» en las diversas fuentes romanas.

En realidad, la equiparación no es exactamente esa en las fuentes romanas. La «*legitima persona standi in iudicio*» no se corresponde

⁵⁶ PLANK, *De legitimacione ad causam*, *cit.*, pp. 1 y 2.

referencias a ella en las obras de BARTOLO DE SASSOFERRATO y de BALDO⁵⁷.

En el procedimiento civil medieval lo que posteriormente fueron llamadas legitimaciones *ad praxim*, *ad personam* y *ad processum* recibían un tratamiento diferenciado y previo del fondo del asunto, al que –en cambio– sí pertenecía la cuestión de la (muy) posteriormente llamada *legitimatio ad causam*. Mientras que aquéllas tenían la virtualidad de suspender la *litis contestatio* y de ser prejuzgadas por el juez incluso mediante sentencia (al modo de una *cuestión prejudicial*), la *legitimatio ad causam* no era materia susceptible de ser prejuzgada, ni se podía cuestionar a través de la que, con el andar de los siglos, se convirtió en la *exceptio deficientis legitimationis ad causam*, que tenía el efecto de dilatar la *litis contestatione*. Para los juristas medievales la llamada *legitimatio ad causam* no era una cosa distinta del fondo mismo del asunto, como se aprecia en las obras –de finales del siglo XIII y principios del siglo XIV– de Guillaume DURAND y de Giovanni d'ANDREA.

«Cum quis agit aut nomine suo, aut alieno: si suo [nomine], puta petitione haereditatis, vel ex iure cesso, et similibus, non tenetur ante litis contestationem ostendere se heredem, vel sibi ius esse cessum (...) Qui se dicit: sicut fi rei vendicatione agat, non tenetur ante litis contestationem ostendere se dominum», mantenía DURAND⁵⁸; «ante litis contestationem non sunt admittendae probationes super principal, etiam si ego velim»⁵⁹. Y añadía Juan de ANDRÉS, comentarista de aquél: «quod legitimare causam suam quis non cogitur ante litis contestationem, sed personam sic»⁶⁰.

Es después que, desde los excepcionales supuestos de representación romana, se reinterpretaron las fuentes romanas –y aún las glosas medievales– para justificar, desde la excepción, una regla para que el actor hubiera de acreditar la condición de cesionario, de heredero, y similares, condicionando el proceso a la prueba previa y separada de la titularidad del derecho que se pretende tutelar.

⁵⁷ El mismo PLANK, por ejemplo, alude a ambos glosadores en su *De legitimatione ad causam*, cit., p. 9; y antes que él, Joaquín VON DALE (*Disputatio juridica de legitimatione*, Leigzip, 1675, § 5) ya había atribuido a BARTOLO DE SASSOFERRATO los primeros vestigios de la *legitimatio ad causam*; en cambio, Tomás CARLEVAL –sobre el que volveremos más adelante– optó por situarlos en BALDO (*Disputationes juris variae, ad Interpretationem Regiarum Legum Castellae, et illis familiis, tam ex Jure Neapolitano, quam ex utroque Communi Civili, et Canonico, tomus posterior (De Judiciis)*, Lión, 1745, Título II, Disputatio, IV, 22, fol. 29).

⁵⁸ G. DURANTIS, *Speculum iuris (cum Iohan. Andreae, Baldi)*, Frankfurt, 1612, Lib. I, Part. XXX, tit. d. actore, n. 72-73, pp. 173-174. En tales casos «et similibus», las *exceptiones* “non es heres, non est tibi ius cessum, non es dominum” «si probentur, perimunt intentionem agentis: et ideo litis contestationem non impediunt» (G. DURANTIS, *Speculum iuris*, ibidem).

⁵⁹ G. DURANTIS, *Speculum iuris*, cit., Lib. II, part. 2, tit. d. instrumentorum edit., § 5. n. 4, p. 294. Y añade este jurista enfáticamente que «item, si fieret copia ante litis contestatam, sequeretur absurditas: quia pari ratione haeres, legatarius, emptor, permutator et quelibet habens causam, vel titulum ab alio, teneretur ante litem contestatam exhibere instrumenta, quibus huiusmodi causa, vel titulus continetur, quod ridiculum esset dicere: quia sic cognosceretur de principali; et ideo tales exceptiones non impediunt litis contestationem ut vide supra» (G. DURANTIS, *Speculum iuris*, ibidem).

⁶⁰ J. ANDREAE, en sus *Additiones* a DURANTIS, *Speculum iuris*, cit., Lib. II, part. 2, tit. d. instrumentorum edit., § 5. n. 4, b), p. 294.

Esta revisión se formuló, en particular, desde la contemplación del *procurator in rem suam*; es decir, de aquel caso de representación romana por el que el demandante que había adquirido el derecho del anterior titular procede a reclamarlo a través de la acción directa que, de suyo, correspondía al titular cedente, de modo que en nombre de éste debía –en tiempo de las *legis actionis*– actuar el demandante y justificar previamente la cesión. Cuando después se le concede al *procurator in rem suam* la “acción útil”, en razón de su propio interés para reclamar en su propio nombre, perderá sentido hablar de representación, pero, como un vestigio de la vieja representación romana, se le seguirá exigiendo al cesionario –que ya obra en su propio nombre e interés– la acreditación de su “legitimidad” mediante el documento que justifica la cesión.

Este tratamiento, unido a la circunstancia de que en muchos casos no estaba claro si el sujeto que actuaba en el proceso debía ser considerado parte o, en cambio, representante de la parte, terminaron por confundir el tratamiento preliminar de la *legitimatio ad processum* y el de fondo de la *legitimatio ad causam*⁶¹, para terminar generalizando –desde la excepción– la admisibilidad de la *exceptio deficientis legitimationis ad causam* y sirvieron con el tiempo para confundir *fondo y forma*⁶².

La cuestión no es en absoluto irrelevante con el tema de la sustitución procesal, porque muchos de los supuestos que todavía hoy se presentan como dudosos oscilan precisamente entre la figura de la representación y la de la sustitución procesal y porque el estudio de esta última figura vivifica la cuestión de si la sustitución procesal merecería ser tratada al modo de la vieja *legitimatio ad processum*.

3.1. REGULACIÓN DE LOS SUJETOS EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL. LAS LEYES DE PARTIDAS DE ALFONSO X

§. Por referencia al Derecho histórico español, la primera referencia positiva a las partes cabe situarla –salvo error u omisión por mi parte– en el Fuero Juzgo, donde, de un lado, se establece el deber del juez de «*primeramiente demandar á aquel que se querella, si es el pleyto suyo ó ageno*» en clara alusión a la representación⁶³, y de otro lado, se recogen otras disposiciones relativas a los

⁶¹ Así, por todos, E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., pp., 137-139; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La excepción dilatoria de falta de carácter”, en *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp.255-258; J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 22-24 y *La legitimación de las entidades de gestión...*, cit., pp. 11-16; y NIEVA FENOLL, “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, *Justicia*, 2008, nº 3-4, pp. 317-319.

⁶² De ello son representativas las palabras de PLANK sobre que, en la práctica, «*legitimatione haec nostra duplici modo in processu postulari solet secundum virorum doctorum sententiam urgente aut iudice ex officio, aut parte per exceptionem deficientis legitimationis ad causam*» (*De legitimatione ad causam*, cit., pp. 1 y 2).

⁶³ «E si dicesiere que es ageno –continúa la Ley II, título III, libro II del Fuero Juzgo–, muestre cuemol mandó que se querellase aquel cuyo era el pleyto: é pues que lo mostrare, el iuez faga escrevir en la carta, quien es aquel que se querella, ó por cuyo mandado se querella (...) é aquel de quien se querella, puede demandar aquel muestre el mandado, que pueda saber porque rason, ó por qual cosa se querella dél, et cuerno mandaron al personero que se querellase».

voceros o *personeros*⁶⁴; todo ello, junto a otras normas también reconducibles, en principio, a la figura de la representación⁶⁵.

Muchas de estas referencias pasarían a engrosar las leyes de las Partidas de Alfonso X, en las que ENCISO ubica el primer «rastros de la legitimación en sentido amplio»⁶⁶. Pero si ello ya es difícil, con mayor razón resulta imposible hallar un vestigio de la sustitución procesal, aunque existe, sí, una llamativa regulación de la representación que podría acaso permitir hablar de una suerte de *gestión procesal de negocios ajenos*.

§. En efecto, las Partidas omitieron aludir a la legitimación, dando por supuesto que el actor reclama en el juicio lo que es o cree ser suyo. Así se deduce de varias de las leyes del Título II de la Partida III (sobre «*el demandador, e de las cosas que ha de catar, ante que ponga su demanda*»), y de la Ley I, del Título III de la Partida III, que recomienda al demandado, una vez presentada la demanda, que se pregunte al actor «*si face la demanda por otro o por si*». El litigante recibe entonces el nombre de *personero*, «*porque paresce, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar de la persona de otri*»⁶⁷. Esta figura se regula en el Título V de la Partida III. El caso de estar el litigante «*en lugar de la persona de otri*» debía acreditarse *a limine* mediante la llamada *carta de personería*, salvo en determinados casos que contempla la Ley X del Título V de la Partida III:

«Ningun ome no puede tomar poder por si mismo, para ser Personero de otri, nin para fazer demanda por el en juicio, sin otorgamiento de aquel cuyo es el pleyto. *Fueras ende por personas señaladas: assí como marido por muger, o pariente por pariente fasta el quarto grado, o por otros quel perteneciesse por razon de casamiento, assí como por su suegro, o por su yerno, o por su cuñado; o por ome con quien ouiesse deudo, o por razon de aforramiento. Ca qualquier destos sobredichos puede fazer demanda en juicio, uno por otro; maguer no touiesse carta de personería del (...). mas para responder o defender por otro, a quien ouissen emplazado, e non fuesse adelante, todo ome lo puede fazer en juicio, maguer no sea su pariente, nin tenga carta de personería del; dando recabdo que el otro lo aura por firme, lo que fuere fecho en juicio, e pagara lo que fuere judgado*» (la cursiva es mía)

La salvedades son importantes, porque ley X permitía, por razón de vínculos de parentesco o incluso crediticios con el titular, que un sujeto —el *personero*— ejercitara el derecho ajeno en un proceso sin haber sido apoderado por el titular en cuyo nombre actúa, es decir, sin apoderamiento expreso, aunque en ningún caso como precisa la Ley citada, «*contra voluntad de aquel en cuyo nome demandava*»). En la posición pasiva, sin embargo, no eran siquiera precisos

⁶⁴ Así, fundamentalmente, la Ley III, título III, Partida III.

⁶⁵ Por ejemplo, la relativa a «los que defienden pleytos agenos» (Ley IX, título II, Partida III); la que impone a los príncipes y a los obispos —para mitigar la desigualdad entre las partes— el deber de actuar en el proceso no por sí “mas por sus mandaderos” (Ley I, título III, Partida III); o, en fin, la que regula la situación de la mujer casada para “razonar su pleyto si se quisieren” y las diversas situaciones que pueden darse si el pleito es llevado por el marido (Ley VI, título III, Partida III).

⁶⁶ Á. ENCISO, “Acción y personalidad...”, *loc. cit.*, junio, p. 211.

⁶⁷ Ley I, Título V, Partida III.

vínculos de parentesco: «para defender et responder por otro á quien hobiesen emplazado et non fuese delante, todo home lo puede defender en maguer non sea su pariente (...)». Ahora bien, tanto en uno como en otro caso la producción de los efectos del proceso para el representado no se producían siempre de manera automática, sino que dependían de dos factores: o de la eventual ratificación por parte del representado de la gestión procesal del personero o del sentido favorable o desfavorable del juicio para el representado; es decir, se producía heteroeficacia de la representación sin poder *secundum eventum litis*.

La vinculación del representado «a lo fecho en juicio» podía resultar bien de la ratificación de lo hecho por el personero en su nombre, bien, en todo caso, del contenido favorable del proceso⁶⁸. En cambio, el proceso desfavorable para el representado no vinculaba a éste (salvo, se entiende, que mediara su ratificación), sino al propio personero, que, a tal fin, debía prestar caución, fiadores u otras garantías al inicio del procedimiento⁶⁹.

Así pues, las diferencias entre esta interposición gestoria que regulaban las Partidas y la moderna sustitución procesal son varias e importantes⁷⁰. En primer término, y con independencia de la heteroeficacia final de aquella representación, el personero, aunque no dispusiera a su favor de carta de personería, actuaba *en nombre ajeno*, a diferencia de cómo lo hace el sustituto procesal. Asimismo lo hacía, en segundo término, *en interés también ajeno*, puesto que, aunque –según los casos– existían entre el representado y el personero vínculos familiares y/o crediticios, el personero no actuaba para obtener un beneficio o evitar un perjuicio para sí (no actuaba en *interés propio*), sino para y por el representado por el que espontáneamente intervenía. Actuaba, en definitiva, el personero *animus aliena negotia gerendi*, si bien asumiendo el riesgo de su propia responsabilidad patrimonial en el caso de que actuara espontáneamente sin poder, la sentencia dictada tuviera un sentido desfavorable para el representado, y el representado se negara a ratificar la gestión. Lo que significaba, en tercer término, que la interposición gestoria sin mandato tenía o no, según los casos, heteroeficacia para el representado, pues esta quedaba condicionada a la ratificación del principal o al resultado ventajoso del proceso. Es decir: o existía vinculación personal y directa del representado cuando la sentencia le favorecía o cuando ratificaba la gestión del

⁶⁸ Lo primero se deduce de la regla general de la Ley XX del Título V de la Partida III: «(...) si después desso viniessse aquel en cuyo nome fazia la demanda, e quisiesse aver por firme lo que era fecho con el, valdria todo lo que fuesse fecho en juicio; bien así como si de comienço lo ouiesse otorgado por su Personero (...)». Lo segundo, en cambio, aparece regulado en la Ley XXVII del mismo Título: «Pero si tal defendedor como este venciesse el pleyto, *tenudo seria el dueño de pechar las costas, e las misiones*, que ouisse fecho derechamente, en defenderlo, maguer non quiera. E non se puede escusar, diciendo que non le encomendara su pleyto, non le otorgara de ser su Personero, pues que pro, e buen recabdo le vino por el».

⁶⁹ « (...) Mas si algun ome se parasse por si mismo a defender pleytos agenos sin carta de Personería, e sin mandado del señor del pleyto; *el juicio que fuesse dado contra el, se debe cumplir en los bienes de tal defendedor*, o de sus fiadores, en la manera que fiaron, e non en los bienes del señor del pleyto» (Ley XXVII, Título V, Partida III).

⁷⁰ *Vid.*, además de lo que se dice en el texto, lo que más adelante se trata sobre la gestión procesal de negocios ajenos (*vid. infra* pp. 484 y ss.), desconocida como figura representativa en nuestra LEC, pero no así en muchos ordenamientos latinoamericanos.

personero, o quien resultaba directamente vinculado era el personero sobre suyo patrimonio se proyectaban los efectos de la sentencia desfavorable, aunque ninguna de estas situaciones –por cierto– son consideradas por las Partidas como supuestos en los que «el juyzio dado contra alguno puede empecer a otros»⁷¹. Y ya por último, es de notar que todas estas características de la interposición gestoria eran bien conocidas para la contraparte, a cuyo favor el personero prestaba caución para cubrir su eventual responsabilidad personal.

§. Por otro lado, se ha dicho más arriba que las Partidas daban por supuesto que el actor reclamaba en el juicio lo que era o creía ser suyo, lo que indica que el legislador –lo mismo que el romano– no se planteaba siquiera la posibilidad de que un sujeto ejercitara en nombre e interés propio un derecho que decía ser de otro. Antes al contrario, dando por supuesta esa legitimación de tipo ordinario, la ley recomienda al futuro actor que cuide, antes de demandar, de estar seguro de tener razón y de poder demostrarlo en el pleito «si la otra parte gelo negase»⁷², lo que indica que la cuestión relativa a la legitimación se fundía con la atinente a la existencia del derecho, concerniendo ambas cuestiones al fondo del asunto. Que esto era así lo confirma la previsión legal que prohibía al demandado oponer como excepción dilatoria frente a la demanda petitoria de herencia «que el demandador non es fijo de su padre». Para este caso en el que se discute la legitimación del demandante lo que estaba previsto es que se resuelva no como cuestión previa (justo lo contrario de lo que después se consagraría), sino como perteneciente al fondo de asunto⁷³.

Este tratamiento de fondo difiere del que recibía en las Partidas la cuestión relativa a la condición de siervo del demandante, respecto de la que existe una antinomia legal. De un lado, la misma ley citada la incluye entre los medios de defensa que deben ser analizados en la sentencia definitiva. De otro lado, empero, la Ley V, del título X, de la Partida III, dispone exactamente lo contrario, esto es, que la condición de siervo, alegada por el demandado, sea resuelta con carácter previo a la contestación a la demanda. A juicio de Gregorio LÓPEZ⁷⁴, esta última opinión es la que prevalecía entre los comentaristas, de entre los que cita a BALDO, para quien esta cuestión impide entrar en el fondo del asunto («*quòd exceptio, quae opponitur contra personam, impedit litis ingressum*»).

Nótese que estas opiniones de Gregorio LÓPEZ y de BALDO van referidas a un aspecto muy concreto relativo al demandante, su condición de siervo o no, y

⁷¹ Ley XXI, Título XXII, Partida III.

⁷² Ley XXXIX, Título II, Partida III.

⁷³ «(...) tales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, que los demandados pusiesen ante si para embargar la respuesta, que non se debe el Judgador detener por ellas, de yr adelante por el pleyto principal. Ante dezimos que debe constreñis al demandado, que llanamente responda si, o non, a la demanda da quel fazen. E después que ouire respuesta, debe el Judgador rescebir aquellas defensiones, e yr adelante por ellas en uno con el pleyto principal (...)» (Ley X, Título II, Partida III).

⁷⁴ G. LÓPEZ, glosa a *Las Siete Partidas del sabio rey Don Alfonso el Nono*, t. II, Madrid, 1789, fol. 39, nota 1.

no a la cuestión de la legitimación como quiere ENCISO⁷⁵. Se trata de un problema no de legitimación activa, sino de *capacidad* del demandante. Pero lo cierto es que aquella interpretación con el tiempo permitirá que se discutan como cuestión previa otras condiciones subjetivas de las partes de contenido más amplio, como la atinente a la legitimación (aunque hay que insistir, no obstante, que este examen en ningún caso llegó a comprender el examen preliminar de la legitimación extraordinaria, por la sencilla razón de que, como ya se ha señalado, todavía no cabe detectar en este tiempo supuestos de ejercicio en nombre propio del derecho declaradamente ajeno⁷⁶).

3.2. EL «HALLAZGO» Y LA REELABORACIÓN MODERNA DE LA *LEGITIMATIO AD CAUSAM* EN EL *IUS COMMUNE*

§. Avanzando en el tiempo nos situamos en los inicios del siglo XVII. El estado de la cuestión en esta época lo ilustra Tomás CARLEVAL en cuya obra se vislumbran los problemas apuntados sobre la legitimación⁷⁷.

Según el jurista castellano, en esta época era cuestión pacífica entre los doctores que al actor había que preguntarle en qué modo obraba, pero lo que no era tan pacífico es si la justificación de su legitimación debía exigirse al inicio del proceso y antes de la contestación a la demanda o con posterioridad, tras la prueba y antes de la sentencia⁷⁸. Esta última regla no conocía excepciones en el Derecho castellano como se ha visto, ni –por lo que nos dice este autor– en el Derecho napolitano⁷⁹. Sin embargo, en el Derecho común nos cuenta CARLEVAL que los doctores distinguían dos supuestos.

§. El primer supuesto consistía en que el actor obrara en nombre propio, en cuyo caso se aplicaba la anterior regla general; esto es, el demandante no podía ser compelido a acreditar al inicio del proceso y antes de la *litis contestatio* su legitimación, ni a exhibir los instrumentos de los que se derivase su legitimación. La legitimación se tenía por cumplida suficientemente con la actuación en nombre propio del actor, difiriéndose su examen al momento de

⁷⁵ ENCISO, “Acción y personalidad”, *loc. cit.*, junio, p. 211.

⁷⁶ O, al menos, como afirma el prof. MONTERO AROCA, «la doctrina no había percatado de él» (*La legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, p. 29).

⁷⁷ La primera edición de la obra de Tomás CARLEVAL, *Disputationes juris variae, ad Interpretationem Regiarum Legum Castellae, et illis familium, tam ex Jure Neapolitano, quam ex utroque Communi Civili, et Canonico*, en dos tomos, vio la luz en Nápoles, entre los años 1634 y 1641; la edición que se cita es la de Lión, 1745, *tomus posterior (De Judiciis)*, Titulus II, Disputatio IV, fols. 25 y ss. Por su interés, se reproducen en los lugares oportunos las palabras del jurista baezano.

⁷⁸ «Res est sine controversia, in omni iudicio (...) semper esse legitimandam personam actoris, inquirendum videlicet, quis et quomodo agat (...) Verum difficultas est, an it debeat fieri statim initio litis, et ante ejus contestationem, an satis fit legitimare actorem suam personam in termino probatorio, vel ante sententiam» (T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, *cit.*, Título II, Disputatio IV, 1, fol. 25).

⁷⁹ Cfr. T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, *cit.*, Título II, Disputatio, IV, 26, fol. 29-30.

dictar sentencia, tras el oportuno período probatorio⁸⁰. Esta regla, empero, sufría varias excepciones. Y una de ellas precisamente consistía, según CARLEVAL, en los casos en que la ley exigía para determinados supuestos la concurrencia de ciertas cualidades en el actor⁸¹.

La salvedad es importante, porque parece claro que dicha *cualidad especial* debe ser distinta, de un lado, de ser el titular del derecho o interés actuado (porque en tal caso estaríamos en presencia de la regla general de no justificar la legitimación antes de la *litis contestatio*) y, de otro lado, de la de ser representante o personero del titular del derecho o interés en cuyo nombre se actúa (porque entonces, según una regla también general, sí debía probarse la condición de representante o personero). Esto es, a los ojos de un jurista moderno podríamos encontrarnos ante las huellas de la sustitución procesal o, más ampliamente, de la legitimación extraordinaria. Sin embargo, los supuestos que menciona CARLEVAL no hacen referencia a la moderna legitimación por sustitución, sino que apuntan ya al origen del tratamiento procesal sobre la condición de sucesor o causahabiente del titular del derecho suscitado a través de excepción dilatoria.

Que la excepción a la regla general se contraiga a estos casos y no a otros lo explica CARLEVAL como una solución intermedia entre, de un lado, aquella regla consistente en que el litigante no deba acreditar *a limine* su condición cuando actúa en nombre propio, como la de ser heredero o donatario, y, de otro lado, una interpretación excesivamente amplia –pero muy generalizada en la praxis– de la excepción a la misma, en cuya virtud se propugnaba indiscriminadamente que el litigante, para ser admitido como tal en toda clase de proceso, acreditara previamente la condición que se irrogaba⁸². Esta última interpretación mereció las críticas del comentarista, ya que, a su juicio, desbordaba notablemente el carácter re restrictivo de la excepción hasta dejar vacía de contenido la regla general. Por ello, se basaba el autor en ciertas observaciones que había efectuado BALDO acerca de que en ciertos casos era posible discernir o aislar dos cuestiones relativas al litigante: de un lado, la condición de quien introduce o encabeza las pretensiones en el proceso y, de otro lado, la de quien está en la causa por los pronunciamientos definitivos. La primera cualidad –como la de ser heredero, donatario o cesionario– había de ser acreditada antes de la *litis contestatio* (esto es: en sentido justamente inverso de lo que habían afirmado DURAND y D'ANDREA, según se ha visto), mientras que la segunda debía ser probada mediando la contestación

⁸⁰ «(...) Primus [casus] est, cū quis agit nomine proprio. In quo dicendum est, non esse necessarium, ut actor in inicio iudicii, et ante litis contestationem personam suam legitimam ostendat, et producit instrumenta, ex quibus constet se legitimè agere, sed sat erit, si id efficiat ante sententiam, ostendendo se legitimè petere, quae petit, fine favore justitia» (T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, cit., Título II, Disputatio, IV, 11, fol. 27).

⁸¹ «Limita tertiò, ut eadem resolutio non procedat, si specialis aliqua qualitas requiratur à lege; vel statuto, ut quis admittatur ad iudicium; nam tunc quantumvis agat nomine proprio, in initio iudicis et ante litem contestationem, debet ostendere inesse sibi illam qualitatem, et esse se talem, qualem dicit, et qualem requirit lex vel statum, ut possit agere, et iudicium ingredi» (T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, cit., Título II, Disputatio, IV, 22, fol. 29).

⁸² «(...) colligunt Doctores unanimiter, quantumque qui vult admiss ut talis, debere probare se esse talem» (T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, cit., Título II, Disputatio, IV, 22, fol. 29).

del demandado, al dictar la sentencia definitiva⁸³. De esta forma se estaba dando sentido, al mismo tiempo, a la regla general y a su excepción, si bien hay que precisar que el examen de aquel primer aspecto no podía ser efectuado de oficio por el juez, sino únicamente a instancia del demandado.

§. El segundo supuesto consistía en que el actor obrara en nombre ajeno, en calidad de procurador o de curador, en cuyo caso, según la tradición del Derecho común, esta condición había de quedar acreditada *a limine*, procediéndose a su examen incluso de oficio, a fin de evitar innecesariamente al demandado las molestias de un pleito iniciado por quien no tiene un interés personal en él, sino de otro⁸⁴. Esta exigencia –su acreditación documental– implicó *de facto* la desaparición del representante inoficioso y así ha llegado a nuestro ordenamiento.

§. Por lo demás, para hacer posible el control a instancia de parte en los casos en que el demandante debía acreditar *a limine* la condición en la que litigaba, el demandado disponía a su favor, según CARNEVAL, de excepciones dilatorias –el autor habla en plural– relativas a la legitimación de la persona (del demandante), que cabía oponer tanto cuando el actor obraba en nombre propio, como cuando lo hacía en nombre ajeno⁸⁵; si bien, junto a ellas, existía también la *exceptio tua non interest*, especialmente aplicable cuando el sujeto obraba en nombre ajeno y que era calificada como excepción *anómala* o *mixta*, por cuanto participaba a un tiempo de la naturaleza de las dilatorias (porque servía para depurar presupuestos y óbices procesales con el efecto de suspender el pleito), y de las perentorias (porque al mismo tiempo tenía por finalidad impugnar la acción del actor)⁸⁶.

§. En resumen, la sustitución procesal, como se ha dicho, es fruto de una elaboración moderna que no puede confrontarse con los textos del Derecho histórico, de manera que cualquier intento en este sentido está llamado al fracaso. El fenómeno de la sustitución procesal aparece y adquiere importancia cuando empieza a considerarse lo procesal como una realidad diversa del Derecho privado; cuando se empieza a ver en la acción moderna *algo más* y *distinto* de la *res de qua agitur*; en suma, cuando se empiezan a trazar límites y diferencias entre *derecho subjetivo material* y *acción*. Ahora bien, ni el tránsito

⁸³ «Sic Baldus qui nihil ignoravit, in *d. leg. non ignorat*, num. 1, § 2, animadvertit esse duplicem qualitate, aliam quae est causa introducendae petitionis in iudicio, aliam quae est causa pronuntiationis deffinitivae. Primam qualitatem docet debere probari, ante litem contestatam, et ante quam iudicium ulterius procedat (...). Secundam verò qualitatem probari debere per litteram contestatam et ante deffinitivam» (T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, cit., Título II, Disputatio, IV, 22, fol. 29).

⁸⁴ «Ratio autem videtur esse, quia iniquum est molestari et fatigari quemquam in prosecutione iudicii ab eo qui facetur, sua nihil interesse iudicium prosequi, quam agat alieno nomine, et nihil proprium habeat antequam constet habere ab alio, ut possit molestare reum» (T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, cit., Título II, Disputatio, IV, 27, fol. 30).

⁸⁵ «Et idem dicendum esse de aliis excepcionibus dilatoriis concernientibus legitimacionem personae, de quibus egi *disputat. praeced.* quando scilicet quis agit nomine alieno, nam quando agit nomine proprio (...)

⁸⁶ *Vid.* T. CARLEVAL, *Disputationes juris variae...*, cit., Título II, Disputatio, IV, 27, fol. 30 y Disputatio V, 6 y 27, fol. 31 y 36.

del derecho a la acción ha sido rápido, ni ha llegado –ni puede llegar– al punto de ocasionar la ruptura o el aislamiento del Derecho objetivo privado en compartimentos estancos; uno, relativo al Derecho procesal y otro, relativo al Derecho sustantivo o material. De ahí las dificultades, como veremos, para explicar la existencia de un fenómeno como la sustitución procesal, tan vinculado a las situaciones legitimantes del Derecho material privado.

4. Josef KOHLER y su noción de *Prozeßstandschaft*

§. Desde la consideración de algunos supuestos concretos, el jurista alemán Josef KOHLER observó a finales del siglo XIX que en el proceso –según este autor, en la *relación jurídica procesal*– podía encontrarse una facultad o poder análogo al poder de disposición del Derecho material, tal y como entonces empezaba ya a concebirse en la dogmática alemana; esto es, como una facultad que en ocasiones podía considerarse autónoma del derecho subjetivo, en la medida en que podía corresponder a un sujeto distinto de su titular⁸⁷. Esto,

⁸⁷ La teoría que atribuye al poder de disposición carácter autónomo y extrínseco respecto al derecho subjetivo arranca también de estas últimas décadas del siglo XIX; concretamente, de la obra de THON (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878). Frente a la opinión tradicional que estudiaba el poder de disposición como parte del contenido mismo del derecho de propiedad, este autor propugnó el carácter extrínseco del poder de disposición respecto del derecho subjetivo al que se refiera, acudiendo para ilustrar este carácter a la conocida imagen de la fuerza y la piedra (que se resume en la afirmación de que la fuerza que lanza la piedra no puede ser la piedra misma). Surgen así las dos corrientes de pensamiento que han llegado hasta nuestros días sobre la autonomía o no del poder de disposición; poder al que, como veremos, recurrió KOHLER para explicar la eficacia del proceso sobre determinados terceros. Pese a que algún autor ha ubicado a KOHLER en la línea tradicional sobre el poder de disposición entendido éste como parte del contenido del derecho subjetivo material (cfr., por todos, A. BINNI, “Potere de disposizione”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIII, 1968, pp. 450-457), las observaciones del maestro alemán sobre la *Prozessstandschaft* le acercan más al pensamiento de THON y a la concepción extrínseca de aquel poder, que al pensamiento contrario.

En todo caso, es de tener en cuenta que la construcción dogmática sobre la autonomía del poder de disposición parte en Alemania con un importante apoyo legal que no existe ni en el ordenamiento italiano ni en el español: el § 185. pfo. 1º BGB, sobre disposición de derechos ajenos. Básicamente, el párrafo 1º del § 185 BGB permite a un sujeto disponer en nombre propio de bienes declaradamente ajenos siempre que cuente con la autorización de su titular, lo que constituye un sólido argumento *de lege lata* para afirmar la existencia de una legitimación dispositiva por parte del sujeto autorizado. Sin embargo, existen dos importante diferencias que separan nuestro ordenamiento del germano. Y es que no sólo en nuestro Derecho no existe un precepto similar, sino que, además, rige en nuestro sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales la teoría del título y el modo, lo que impide que el *mero consensu*, aun cuando provenga del propio titular del derecho o bien, tenga efectos dispositivos sobre el mismo; si esto es así para el titular, no puede de ser otro modo para la persona por él autorizada para disponer.

Por lo demás, acerca del poder de disposición y sus relaciones con la teoría de la legitimación remito al lector interesado LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 20-26; VILLAVICENCIO, “La facultad de disposición”, *Anuario de Derecho Civil*, III, pp. 1025-1056; LÓPEZ BERENGUER, *La colisión de derechos originada por los contratos incompatibles celebrados simultáneamente por mandante y mandatario*, ed. Universidad de Murcia, 1956, pp. 63-94; CORDÓN MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, tesis doctoral, Pamplona, 1977, pp. 36-43; y, sobre el poder de disposición en

según KOHLER, da lugar en el proceso a la rareza consistente en que la tutela que una persona solicita de los tribunales produce sus efectos de derecho sustantivo sobre la esfera jurídica de un tercero. Veámoslo más detenidamente.

4.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NOCIÓN DE *PROZEßSTANDSCHAFT* DE KOHLER

§. Este fenómeno, detectado en sus inicios en el ámbito del Derecho privado a partir del estudio de la figura del usufructo con poder de disposición, lo bautizó KOHLER con el nombre de *Prozeßstandschaft*⁸⁸, hoy en desuso en la doctrina alemana. Tratando de salvar las dificultades de una traducción literal, suele traducirse en España como la «facultad otorgada para estar en juicio por otro» (PRIETO CASTRO⁸⁹), la «facultad de estar en el proceso por otro» (RAMOS MÉNDEZ⁹⁰), o como la «facultad de realizar el juicio por otro» (MONTERO AROCA)⁹¹; y en Italia, como el poder de conducir el proceso por quien no es titular del derecho, con efectos vinculantes para su titular⁹². ENCISO calificó de «intraducible»⁹³ el término acuñado por KOHLER que, literalmente, hace referencia, no a una facultad o poder, sino a una situación o estado procesal; de ahí la definición de QUINTANO RIPOLLÉS como «el hecho de tener la cualidad de parte sin ostentar la directa titularidad del derecho que se ventila»⁹⁴. En todo caso, la definición más fiel nos la brinda el propio KOHLER cuando la describe como «aquel derecho del demandante para conducir el proceso sobre derechos ajenos»⁹⁵.

Recientemente se ha mantenido que «todas las expresiones elegidas para designar a la figura no acaban de designar con precisión el fenómeno jurídico que se produce»⁹⁶. Tales objeciones, argumentadas prolijamente por NIEVA FENOLL en su monografía sobre *La sustitución procesal*, se sustentan en

general, a CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pp. 480-505.

⁸⁸ El término *Prozessstandschaft* aparece ya en el estudio de KOHLER sobre el usufructo con poder de disposición titulado “Der Dispositionsniessbrauch”, publicado en *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. XXIV, 1886, pp. 187 y ss.; fue después incorporado a su *Prozess als Rechtsverhältnis* (Mannheim, 1888; especialmente pp. 95 y ss.) y, sobre todo, a su obra recopilatoria *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess* (Berlín, 1894; especialmente pp. 37-38, 206-207, 296-297, 336, 525 y 570-571), que es a la que remiten mayoritariamente los autores españoles que han hecho mención a los orígenes de la figura de la sustitución procesal y a la que se alude en el texto principal.

⁸⁹ PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 312.

⁹⁰ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit. p. 258.

⁹¹ MONTERO AROCA, “La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual”, loc. cit., p. 252, nota 30; también en *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997, p. 38, nota 15.

⁹² Cfr. F. U. DI BLASI, “Sostituzione processuale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, p. 994; y A. SEGNI, *L'intervento adesivo*, cit., p. 132.

⁹³ “Acción y personalidad...”, loc. cit., p. 215.

⁹⁴ *Diccionario de Derecho comparado*, vol. I, alemán-español, Madrid, 1951, p. 382.

⁹⁵ J. KOHLER, *Gesammelte Beiträge...*, cit., pp. 206-207.

⁹⁶ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 55.

varias consideraciones⁹⁷. Centrando la atención, aquí y ahora, en la denominación original *Prozeßstandschaft*, acuñada por KOHLER, NIEVA FENOLL ha puesto de manifiesto que este extendido término es, ante todo, un *neologismo* contra el que este autor lanza severas críticas, no del todo merecidas. A su juicio, se trata de «un palabro (...), [una] palabra estrambótica, extravagante (...) inventada, que literalmente poco significa, al margen de “facultad de estar en el proceso”, o incluso “actuación de una parte ante el órgano jurisdiccional»⁹⁸. En definitiva, para este autor la *Prozeßstandschaft* de KOHLER es «una expresión que no tiene significado propio ni en el idioma original al que pertenece»⁹⁹. Por ello, analiza la posibilidad de emplear, en su lugar, otros términos alternativos, de entre los que propugna la expresión «usurpación procesal», que se rememora la descripción de CHIOVENDA y que, a juicio de NIEVA FENOLL, «con el transcurrir de los años (...) hubiera perdido su dureza inicial y se hubiera impuesto su uso». Sin embargo, como él mismo reconoce, la tradición desaconseja el empleo de nuevos términos que sólo podrían «desorientar al lector y hacer más dificultoso el estudio de un tema ya de por sí complejo y poco tratado»¹⁰⁰.

§. Sea como fuere, en nuestro país la *Prozeßstandschaft* de KOHLER es más conocida con los términos chiovendianos de *sustitución procesal* (*sostituzione processuale*), que, por otro lado, tampoco ha escapado a las críticas de la doctrina¹⁰¹. Ahora bien, como ya se ha adelantado, la concepción de esta *Prozeßstandschaft* no se corresponde exactamente con lo que hoy conocemos como sustitución procesal; ni en cuanto a su significación como categoría de legitimación; ni en cuanto a la eficacia que nuestra doctrina suele anudar a esta figura; ni, en fin, en cuanto a las hipótesis que normalmente se comprenden en ella. Conviene tener presente que, aun cuando el origen de la sustitución procesal se encuentra en este autor, el entendimiento de su *Prozeßstandschaft* en la doctrina posterior ha estado y está cargado de un buen número de consideraciones sobre nociones que en KOHLER sólo se adivinan o se encuentran en estado embrionario y cuya completa elaboración corresponde a momentos posteriores. Ello se verá con mayor claridad examinando la forma en que KOHLER caracterizó el fenómeno de la *Prozeßstandschaft* por él aislado.

4.2. CARACTERES DEFINITORIOS DE LA *PROZEßSTANDSCHAFT* DE KOHLER

§. KOHLER ubicó el fundamento de la facultad o poder del sustituto en la existencia de una relación material que liga al sustituto con el sustituido y en cuya virtud corresponde al primero, en nombre propio, el derecho de conducir el proceso con efectos sobre un derecho del segundo, que permanece ajeno al

⁹⁷ Vid., al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 55-62.

⁹⁸ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 56.

⁹⁹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 60.

¹⁰⁰ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 62.

¹⁰¹ Así, para NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal*, cit., pp. 57, 58 y 61) la considera «desacertada», carente de sentido, «que no refleja bien la idea de que el sujeto ajeno asume en interés propio la defensa del asunto».

proceso¹⁰². Ahora bien, esta eficacia a la que se refiere el autor alemán es una eficacia de carácter material; es decir, se trata de la producción de efectos de derecho privado, aunque todavía este autor incluye entre los mismos, también y sobre todo, la cosa juzgada material¹⁰³.

Esta caracterización de la sustitución procesal la expone KOHLER en los siguientes términos:

«No al Derecho procesal, sino al Derecho material, pertenece lo que he llamado *Prozeßstandschaft*, esto es, el poder [*Befugniss*] de conducir el proceso con efecto sobre un tercero, de manera que la cosa juzgada afecte no sólo a los litigantes, sino también a los terceros ligados por una relación de dependencia»¹⁰⁴.

Y la misma se reitera en otros pasajes de su obra¹⁰⁵, aunque KOHLER no siempre presenta a su *Prozeßstandschaft* como una facultad o derecho material del sujeto legitimado, sino también como una relación o situación jurídica material:

«(...) Es una relación de *Prozeßstandschaft*, esto es, la situación jurídica que legitima a una persona a conducir el proceso cuyos efectos de derecho civil se manifiestan sobre otra persona con la que está ligada por una relación jurídica»¹⁰⁶.

Dicho de otro modo, aunque es perceptible en la doctrina de KOHLER cierta imprecisión sobre la definición conceptual de la *Prozeßstandschaft*¹⁰⁷, en todo caso queda claro en qué consiste: en ejercitar, en nombre e interés propio, un derecho declaradamente ajeno con eficacia para el otro.

§. Este poder o facultad detectado por KOHLER se basa, como él mismo afirma, «en un derecho de disposición de naturaleza sustantiva»¹⁰⁸; esto es, en un derecho civil de disponer, aunque éste puede surgir por mor del proceso (en la medida en que en algunos casos lo relevante es la ley procesal, como en los supuestos de sucesión procesal).

¹⁰² Debe hacerse notar, no obstante lo dicho en el texto, que “sustituto” y “sustituido” (o *Prozessstandschaft* y *Rechtsträger*, en terminología alemana) son términos no empleados por KOHLER, sino acuñados posteriormente.

¹⁰³ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 3; y A. SEGNI, *L'intervento adesivo*, ibidem.

¹⁰⁴ J. KOHLER, “Recht und Process”, en *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlon, 1894, p. 37. Siguiendo esta misma línea, como se verá más adelante, Leo ROSENBERG prefirió hablar de «estado procesal del tercero» antes que mantener la terminología de sustitución procesal (L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil*, cit., p. 257).

¹⁰⁵ «(...) Se comporta de forma parecida a la *Prozessstandschaft*, es decir, al derecho del demandante para conducir el proceso sobre derechos ajenos (...). Esta *Prozessstandschaft* se basa en una relación de naturaleza material sobre el derecho ajeno y la eficacia vinculante del proceso es sólo una consecuencia de la misma» (J. KOHLER, “Über processrechtliche Verträge”, en *Gesammelte Beiträge...*, cit., pp. 206-207).

¹⁰⁶ J. KOHLER, “Über die Succession in das Processverhältnis”, en *Gesammelte Beiträge...*, cit., p. 297.

¹⁰⁷ Vid., al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 24-25.

¹⁰⁸ J. KOHLER, “Recht und Process”, op. loc. cit., pp. 37-38.

Se trata de un derecho civil de disponer cuyos efectos dispositivos se logran indirectamente a través del proceso y en virtud de esa *facultad* o *poder de conducir el proceso sobre un derecho ajeno* que hunde sus raíces en el derecho material. La explicación es aparentemente sencilla: «Lo mismo –dice KOHLER– que puede disponerse materialmente de la cosa, también puede hacerse indirectamente mediante el proceso», como de forma clara, para el autor, sucede en los supuestos de usufructo con poder de disposición. Ahora bien, el proceso –como se encarga de precisar KOHLER– no es una forma de disposición de los derechos subjetivos materiales: «los efectos indirectos de naturaleza civilista se enderezan hacia el tercero lo mismo que un acto de disposición», pero «el proceso no es un acto de disposición»¹⁰⁹.

§. De lo anterior se deduce que las notas con las que KOHLER caracteriza la noción de la sustitución procesal o su *Prozeßstandschaft*, son:

- a) que el sustituto ostenta la cualidad de parte en el proceso (lo que le diferencia del representante, que no lo es);
- b) que su condición de parte deriva de la titularidad a su favor de un derecho de conducir el proceso sobre una relación ajena;
- c) que se trata de un derecho que hunde sus raíces en el Derecho sustantivo privado y, de forma algo más concreta (aunque no demasiado), en la existencia de una relación o situación jurídica que liga a sustituto y sustituido;
- d) que produce eficacia –entendida ésta en los términos más amplios– para el titular del derecho deducido, pese a que no intervenga en el proceso instado por el sustituto; y
- e) a la vista de los supuestos que este autor incluye y de la amplitud con la que se concibe esa *Prozeßstandschaft*, que su ámbito de actuación no se circunscribe a la parte activa del proceso o demandante, sino que también puede darse respecto de la parte pasiva o demandada.

En otros términos, para KOHLER el sustituto es, antes que sustituto –término, por lo demás, nunca empleado por él–, el sujeto de la acción, la parte de la relación jurídico-procesal. Es el titular de su propia acción; de un derecho que es propio, aunque tiene efectos dispositivos sobre una esfera jurídica ajena; de un derecho, en suma, cuyo ejercicio, por encontrarse en una determinada situación jurídica, produce efectos jurídico-materiales en la esfera de un tercero. Y para explicar este fenómeno acuña el vistoso término de la *Prozeßstandschaft*. Luego, nótese que para KOHLER en la sustitución procesal no se produce un problema de legitimación, porque el sustituto –KOHLER lo da por sentado y se limita a observar el fenómeno– está legitimado *ab initio*. Sin embargo, esto que, en principio, evoca el problema de la tutela de los terceros en el proceso dio lugar, posteriormente, a una teorización que, invirtiendo los términos del problema, condujo a una más perfecta delimitación del concepto de legitimación en el proceso civil.

¹⁰⁹ J. KOHLER, “Über die Succession in das Processverhältnis”, *op. loc. cit.*, p. 297.

4.3. ELENCO DE LOS SUPUESTOS DE *PROZEßSTANDSCHAFT* DETECTADOS POR KOHLER

§. En cuanto a las situaciones en las que se produce esa *Prozeßstandschaft*, KOHLER incluyó supuestos de lo más variado, muchos de los cuales –como veremos– se han repetido en los autores posteriores. Así¹¹⁰:

- a) el supuesto del usufructuario con poder de disposición, cuando el proceso se refiera a la propiedad del bien usufructuado;
- b) la intervención provocada o *laudatio auctoris* de los §§ 76 y 77 ZPO, siempre que el interviniente asuma el proceso en el lugar del demandado dando lugar a una sucesión procesal o cambio de partes;
- c) los supuestos de sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del derecho litigioso, cuando el enajenante permanece en el proceso en el lugar del adquirente y con efectos para éste;
- d) el capitán de la nave que es demandado en lugar del *Rheder* o *armador*;
- e) el ejecutor testamentario en relación con los procesos relativos a la herencia;
- f) la masa de acreedores respecto de las acciones que competan al suspenso; y
- g) la intervención adhesiva.

Como se aprecia, no son pocos los casos enumerados por KOHLER como hipótesis de sustitución procesal. Muchos de ellos son explicados hoy desde otras nociones, como la representación, con la que muy a menudo viene confundida la sustitución procesal; mientras que otros, como los enumerados *sub* b), c) y g), han dado lugar en nuestra tradición a figuras procesales autónomas que nadie hoy dudaría en confundir. De hecho, a lo largo de la evolución histórico-dogmática de la sustitución procesal es una constante el adelgazamiento o la ampliación de los supuestos que comprende, a medida que paralelamente se van definiendo otras categorías y figuras jurídicas. Por esta razón, es particularmente oportuno recordar que precisamente por la falta de consideración en esta época de la llamada representación *indirecta* o *cerrada* como verdadera representación (sobre todo si, además, concurre en el representante un interés propio), se aglutinó en torno a la sustitución procesal supuestos dudosos, ya de representación legal, ya de legitimación ordinaria o directa del sujeto que actúa en el proceso en nombre propio.

¹¹⁰ Se sigue en este punto la enumeración de GARBAGNATI (*La sostituzione processuale...*, cit., p. 14), con la advertencia, ya desde este momento, de que la falta de mención del paradigmático supuesto de los acreedores que actúan en vía subrogatoria (el recogido en nuestro art. 1.111 CC) no obedece al descuido de este y de otros autores alemanes, sino a la inexistencia en el ordenamiento sustantivo alemán de la acción subrogatoria y sí, en cambio, de una más detallada regulación sobre el embargo de los derechos en sede del proceso de ejecución (*vid.* §§. 828 y ss– ZPO).

4.4. TRATAMIENTO JURÍDICO-PROCESAL DE LA *PROZEßSTANDSCHAFT*

§. En lo que hace al tratamiento jurídico-procesal que KOHLER considera adecuado para su *Prozeßstandschaft*, hay que tener presente que las consideraciones sobre la naturaleza de la acción en esta época del procesalismo científico constituyen, ante todo, un debate iusfilosófico sobre las relaciones entre el individuo y el Estado en el marco de las sociedades liberales¹¹¹. De ahí que no deba extrañar que mientras que, de un lado, KOHLER extiende la protección jurídica de la acción civil a todo ciudadano y, por lo tanto, no comparte las ideas de WACH sobre la acción como derecho subjetivo público a obtener una sentencia favorable¹¹²; de otro lado, justifica la normal correspondencia entre el derecho subjetivo material y el derecho de acción, correspondencia que, según KOHLER, sólo quiebra en los supuestos especiales en los que el ordenamiento atribuye a otros sujetos la *Prozeßstandschaft* sobre derechos ajenos¹¹³. El carácter en buena medida abstracto que impregna su noción de acción, entendida ésta como «la facultad que está comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad, de dar vida a la demanda judicial»¹¹⁴, funda la idea de un posible tratamiento preliminar de la *Prozeßstandschaft* en el proceso, como después se sostuvo abiertamente, pero, salvo error u omisión por mi parte, el maestro alemán no llegó a generalizar esta solución, sino que, antes al contrario, defendió, según refiere STEGEMANN¹¹⁵, su pertenencia a la cuestión de fondo relativa a la legitimación (*Sachlegitimation*) de la parte.

5. La difusión de la *Prozeßstandschaft* a través de Friedrich STEGEMANN y, sobre todo, de Konrad HELLWIG.

§. Después de KOHLER y antes de Konrad HELLWIG, la noción de *Prozeßstandschaft* fue empleada en 1892 por STEGEMANN en relación con el concepto de parte¹¹⁶.

Siguiendo las enseñanzas de KOHLER sobre la independencia de los elementos subjetivos de la relación procesal respecto de los que componen la relación material, STEGEMANN presenta la sustitución procesal como un *tertium genus*

¹¹¹ Cfr., por todos, SCHÖNKE, *Derecho procesal civil* (trad. de la 5ª ed. alemana de 1948), Barcelona, 1950, por la que se cita, pp. 15-16.

¹¹² Cfr. M. MIGUEL Y ROMERO, *Derecho procesal teórico (procedimientos judiciales)*, t. II, Madrid, 1934, p. 53.

¹¹³ J. KOHLER, *Gesammelte Beiträge...*, cit., p. 525.

¹¹⁴ E. PALLARÉS, voz “Acción procesal, propiamente dicha”, en *Diccionario de Derecho procesal civil*, 10ª ed., México, 1988, p. 28. Cfr. J. KOHLER, “Recht und Prozess”, en *Gesammelte Beiträge zur Civil process*, Berlín, 1894, pp. 36 y ss.

¹¹⁵ F. STEGEMANN, “Die parteien im Prozess”, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, XVII, 1892, p. 353.

¹¹⁶ F. STEGEMANN, “Die parteien im Prozess”, *loc. cit.*, pp. 326-386; citado por SEGNI (*L'intervento adesivo*, cit., pp. 132-133), por CHIOVENDA (*Principios...*, op. cit., p. 28, nota 5, donde se limita a mencionarlo a propósito de la consideración jurídica de los patrimonios autónomos y su similitud con la sustitución procesal), y por NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal*, cit., p. 25).

entre la capacidad procesal y la representación; *genus* que agrupa los supuestos en los que un sujeto tiene el poder de hacer valer en el proceso un derecho ajeno, aunque, a diferencia de KOHLER, sin reconducirlo expresamente –dice SEGNI– al poder de disposición de su titular¹¹⁷. Movidio por la consideración de que no puede darse la representación legal respecto de sujetos que no son propiamente incapaces, STEGEMANN atribuye la condición de parte a quien tiene el poder de «hacer valer en juicio una pretensión de un tercero y contra el cual se puede hacer valer en juicio la pretensión contra un tercero» y con efectos para éste¹¹⁸.

La fuente de este poder, según el autor alemán, es triple. En unos casos, radica en la titularidad de un derecho de carácter real, como en los supuestos de prenda y de usufructo de créditos (lo que supone una relativa ampliación –y precisión– respecto de los supuestos elencados por KOHLER). En otros casos, se trata de un poder comprendido en la facultad de administrar o de disponer sobre un patrimonio ajeno por razón de un oficio, como en los casos del albacea y del síndico del concurso. Y, por fin, existe un tercer grupo de supuestos motivados por razones procesales, como cuando se verifica una sucesión en el derecho u objeto litigioso *lite pendente*.

§. Con todo, quien contribuyó decisivamente a impulsar la noción de sustitución procesal en la literatura procesal alemana fue Konrad HELLWIG¹¹⁹, a principios del siglo XX, quien concibe la acción como medio de tutela del derecho subjetivo privado, aunque no comprensivo del derecho a obtener una sentencia de contenido concreto.

Coincidiendo sustancialmente con STEGEMANN en la caracterización del derecho del sustituto, HELLWIG definió éste como un *Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten* o, en traducción de CHIOVENDA, el «derecho de conducir el proceso en quien no es titular del derecho»¹²⁰; es decir, el derecho de conducir el proceso sobre una relación jurídica ajena¹²¹. Lo más característico de este autor es que el poder que compete al sustituto (el término *Prozeßstandschafter* aparece por primera vez) y que se desenvuelve en el ámbito procesal lo reconduce a un fundamento común que se encuentra en la titularidad, por parte del sustituto, de un derecho de administrar (*Verwaltungsrecht*) los bienes o derechos pertenecientes a otro sujeto, siendo

¹¹⁷ F. STEGEMANN, “Die parteien im Prozess”, *loc. cit.*, p. 352; cfr. A. SEGNI, *ibidem*.

¹¹⁸ A. SEGNI, *ibidem*. En apreciación de NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal*, *cit.*, p. 25), STEGEMANN ya distingue entre efectos procesales, que afectan al sustituto, de los efectos materiales, que conciernen al tercero sustituido.

¹¹⁹ Vid. K. HELLWIG, *System des deutschen Civilprozessrechts*, *cit.*, pp. 166-171.

¹²⁰ G. CHIOVENDA, *Principios...*, *cit.*, p. 26, nota 1; cfr., en el mismo sentido, A. SEGNI, *L'intervento...*, *cit.*, p. 133; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *cit.*, p. 257, nota 20; y E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, *cit.*, pp. 3-4, para quien HELLWIG es el primer autor que coloca decididamente la sustitución procesal en el terreno del Derecho procesal.

¹²¹ O, según PRIETO CASTRO, la «llevanza de un proceso ajeno por un tercero como parte (y, por tanto, en nombre propio) respecto de una relación jurídica de la que no es titular» (*Tratado...*, *cit.*, p. 312, nota 15).

ese otro sujeto el sustituido. Por lo tanto, se trata de la primera formulación sistemática que reconduce con carácter general el fenómeno de la sustitución procesal a la idea de gestión, administración o disposición de derechos e intereses ajenos por parte del sustituto¹²². Y también de la primera formulación –después desarrollada por ROSENBERG– que propugna abiertamente que ese *Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten* –o sustitución procesal– es de fácil verificación en el proceso y, por lo tanto, susceptible de un tratamiento análogo al de los presupuestos que determinan que pueda dictarse sentencia sobre el fondo¹²³.

§. Respecto a los supuestos en que se verifica ese *Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten*, HELLWIG incluye algunos de los ya señalados por KOHLER; añade otros detectados por él mismo; y, finalmente, deja al margen la figura del ejecutor o albacea testamentario (al que considera representante legal de la herencia en cuanto patrimonio autónomo con capacidad para ser parte). En definitiva, HELLWIG reúne bajo esta noción los siguientes supuestos¹²⁴:

- a) la intervención provocada o *laudatio auctoris*, cuando da lugar a una sucesión procesal en la parte demandada;
- b) la sucesión procesal o, por mejor decir, cuando se verifica un supuesto de hecho que podría dar lugar a una sucesión procesal pero ésta no se verifica;
- c) el supuesto del capitán de la nave, cuando es demandado en lugar del *Rheder*;
- d) el interviniente adhesivo (que, según este autor, da lugar a una sustitución procesal *accessoria*¹²⁵);
- e) la actuación del marido en relación con los procesos relativos a los bienes dotales y a los comunes del matrimonio;
- f) el síndico de la quiebra, cuando ejercita los derechos de impugnación que competen a los acreedores de la masa; y
- g) el litisconsorte cuya actividad procesal beneficie a los restantes litisconsortes inactivos.

§. Por último, en cuanto a los efectos del ejercicio de ese derecho de administración por parte del sustituto¹²⁶, las únicas conclusiones claras que

¹²² Cfr. M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 343.

¹²³ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 98 y 116, nota 8.

¹²⁴ También en este punto se sigue la enumeración de E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale....*, cit., pp. 14-16. En nuestra doctrina, NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal*, cit., p. 26) ha observado justamente que la exclusión del usufructo con poder de disposición de entre los supuestos de sustitución procesal detectados por HELLWIG «rompe con el origen dogmático de la institución».

¹²⁵ HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912, I, p. 171; citado por GARBAGNATI, *La sostituzione processuale....*, cit., p. 15, nota 53, y por G. CHIOVENDA, *Principios....*, cit., p. 32, nota 14.

¹²⁶ HELLWIG, *System....*, *ibidem*, citado por A. SEGNI, *L'intervento....*, cit., pp. 134-135.

extrae HELLWIG es que la cosa juzgada se forma en todo caso con el sustituto, porque él es parte en el proceso, y que no tiene por qué afectar en todo caso al sujeto de la relación jurídica deducida.

6. Las aplicaciones posteriores de la noción de sustitución procesal en Alemania. La sustitución procesal y la noción de legitimación en el procesalismo civil alemán.

§. A partir de HELLWIG, a principios del siglo XX la idea de la sustitución procesal se generaliza en la doctrina procesal alemana y, sobre todo, en la italiana, donde fue introducida por Giuseppe CHIOVENDA, constituyendo, en mi opinión, el segundo punto de inflexión en la historia de nuestra figura. No obstante, antes de examinar la formulación de CHIOVENDA sobre la sustitución procesal y su posterior evolución y desarrollo en la doctrina italiana, resulta conveniente ver, a raíz de los estudios de KOHLER y de HELLWIG, las aplicaciones de la sustitución procesal en Alemania en la primera mitad del siglo XX a través de algunos de sus autores más representativos.

La razón está en que una más precisa formulación de las nociones de *parte*, *acción* y *legitimación* integrando también el fenómeno de la sustitución procesal estudiado por KOHLER y por HELLWIG dará lugar a que éste acabe con el tiempo confundiendo con la noción más general de legitimación y con el de la acción y, por tanto, termine importándose a esta sede toda la problemática que envuelve a estos últimos conceptos. Esta preocupación por integrar dogmáticamente la sustitución procesal en los nuevos esquemas del procesalismo científico europeo es común a quienes conciben la acción como un derecho de contenido concreto, como GOLDSCHMIDT, SCHÖNKE y KISCH; y a quienes le asignan, en cambio, un contenido abstracto, como paradigmáticamente es el caso de ROSENBERG y de LENT. Veámoslo.

6.1. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA TEORÍA CONCRETA DE LA ACCIÓN CIVIL EN LA OBRA DE GOLDSCHMIDT

§. Defensor de la teoría concreta sobre la acción, James GOLDSCHMIDT¹²⁷ recoge en su manual la noción de sustitución procesal como recibida a partir de KOHLER por la doctrina procesalista y, sobre todo, se preocupa por situarla – en coherencia con su adscripción a la teoría concreta del derecho de acción – entre los presupuestos que determinan el contenido, favorable o desfavorable, de la sentencia.

Precisamente esta última cuestión –como, por otro lado, cabe esperar de su construcción sobre el *Derecho justicial material*– es la que más preocupa al maestro alemán. Para GOLDSCHMIDT, el «derecho de gestión procesal» es equivalente a la vieja noción de «legitimación en el fondo» (*Sachlegitimation*). Aquel derecho abraza, en su opinión, tanto los supuestos que hoy calificamos como de legitimación *propia* o *directa*, por provenir de la titularidad del derecho o de la relación jurídica litigiosas; como los que el ilustre autor

¹²⁷ Vid. su *Derecho procesal civil*, cit., especialmente, pp. 96-98, 115-116 y 393-395.

denomina, siguiendo a KOHLER, «sustitución en la legitimación»¹²⁸. Y ambas clases de legitimación, agrupadas en ese *derecho de gestión procesal*, constituyen según el maestro alemán uno de los requisitos o presupuestos de la *pretensión de tutela jurídica* que es objeto del proceso (esto es, la acción en sentido concreto). Por ello, el control sobre su existencia pertenece a la cuestión de fondo¹²⁹.

«La legitimación en la causa –afirma GOLDSCHMIDT– no constituye un presupuesto de la sentencia de fondo, *ni aun en los casos de sustitución procesal*, sino simplemente una parte del fundamento de la acción (...). En caso de que falte la legitimación en la causa, la demanda se considera como “no fundada”, pero no como “inadmisible”; esto, *por no ser el actor o el demandado las partes verdaderas*»¹³⁰.

Esta manera de ver la sustitución procesal como una especie anómala de legitimación, le lleva a postular que la sustitución procesal es «un derecho en la acción perteneciente a otra persona»¹³¹, que es una peculiar forma de definir el fenómeno consistente en que «la parte conduce el proceso en nombre propio, pero sobre derechos u obligaciones ajenos».

Sin embargo, sobre esta caracterización se proyecta siempre la sombra de los supuestos que se tienen en mente cuando se habla de sustitución procesal. Teniendo en cuenta este dato se comprende, por ejemplo, que el propio autor dude del carácter legal –en el sentido de tener un *origen no voluntario*– de la legitimación por sustitución (porque se esté pensando, p.ej., en la cesión de créditos *lite pendente* como un fenómeno de sustitución procesal); o que se

¹²⁸ J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., p. 116. SCHÖNKE (*Derecho procesal civil*, cit., p. 85), por su parte, prefiere utilizar para estos supuestos los términos «subrogación o substitución procesal» y, junto a ellos, pone, a diferencia de GOLDSCHMIDT, las llamadas «partes por razón de oficio», entre las que incluye algunos de los supuestos que para GOLDSCHMIDT son hipótesis de sustitución procesal, como, por ejemplo, es el caso del administrador de la herencia yacente o el ejecutor testamentario, entre otros.

¹²⁹ De la misma opinión son SCHÖNKE (*Derecho procesal civil*, cit., p. 88) y Wilhem KISCH (*Elementos de Derecho procesal civil*, trad. de la 4ª ed. alemana y adiciones de L. Prieto-Castro, por la que se cita, Madrid, 1932, *vid.* especialmente pp. 106-111). Lo más llamativo de KISCH está en que sin recurrir a la terminología al uso ni aludir, por lo tanto, a *sustitución procesal* alguna, expone el tema relativo a la legitimación de las partes de forma unitaria, integrando tanto la ordinaria o directa como la extraordinaria o indirecta, aunque sin vivificar la distinción entre una y otra clase. Los supuestos de legitimación indirecta tienen lugar, según sugiere la lectura de sus *Elementos*, cuando «la legitimación no se corresponde con la tenencia del derecho o de la obligación». Ahora bien, precisa KISCH que «el tercero a quien se ha dado la facultad de ejercitar el derecho ajeno en nombre y por cuenta propios, posee con respecto a este derecho la legitimación; actúa para sí y en virtud de derechos propios». No es, pues, representante, sino verdadera parte y como tal le alcanzan todos los efectos del proceso, incluyendo la cosa juzgada: «la fuerza de cosa juzgada produce sus efectos en su persona y (...) es suya la obligación de satisfacer las costas de su patrimonio personal» (pp. 109-110). Lo que sí merece, a juicio de este autor, un apartado especial en esta materia es la intervención del Ministerio Fiscal y de otras autoridades públicas alemanas en el proceso civil; y ello, en atención a que no se trata de «un particular interesado en la relación jurídica controvertida, sino (de) una autoridad pública que no está interesada en el resultado del proceso» (p. 110-111).

¹³⁰ J. GOLDSCHMIDT, *ibidem*; la cursiva es mía.

¹³¹ J. GOLDSCHMIDT, *ibidem*.

advierta que ni aquel derecho ni esos supuestos pueden reconducirse a la unidad (porque todos y cada uno de ellos no pueden ser explicados desde un único y pretendido derecho o facultad de administración sobre bienes ajenos). Con todo, el mayor problema que suscitan las hipótesis que el maestro alemán incluye dentro de la noción de sustitución procesal radica en que éstas ni siquiera responden al tratamiento de fondo que, según GOLDSCHMIDT, debe recibir la cuestión de la legitimación en el proceso civil. Para comprobarlo bastará con examinar los supuestos que incluye el insigne autor dentro de esta categoría y su régimen o regímenes jurídico-procesales.

§. Las hipótesis en las que, según GOLDSCHMIDT, se verifica una sustitución procesal pueden agruparse en dos grandes grupos, según que «la legitimación se funde en un derecho de administrar un patrimonio ajeno, o que esté independizada»¹³².

a) Empezando por este último grupo, GOLDSCHMIDT agrupa en él supuestos claramente residuales respecto del otro grupo, ya que vienen caracterizados de forma negativa, por no fundarse la legitimación del sustituto en ningún derecho sustantivo de administración o gestión de un patrimonio ajeno; lo que, en su opinión, tiene lugar en los dos siguientes casos¹³³:

1º) Cuando, conforme al § 76. III. 2 ZPO, el poseedor mediato que ha sido llamado al proceso a instancia del demandado pasa a ocupar el lugar de éste sin necesidad de que el demandante lo consienta, en cuyo caso se verificaría una sustitución procesal *pasiva*, porque tiene lugar siempre en la parte demandada. Y,

2º) cuando durante el proceso se verifica una transmisión o cesión *inter vivos* de la cosa litigiosa y el transmitente o cedente, según las previsiones del § 265. II. 1 ZPO, continúa en el proceso, en cuyo caso la sustitución procesal puede tener lugar tanto en la parte activa, como en la parte pasiva¹³⁴.

Con ser discutible esta manera de ver la sustitución procesal (y la sucesión procesal), el problema de considerar la sucesión procesal por transmisión *inter vivos* de la cosa litigiosa como un fenómeno de sustitución radica en que franquea la puerta de acceso de esta figura a otros supuestos que traen su origen de la autonomía de la voluntad privada y que desbordan ampliamente la noción de legitimación indirecta. Dicho en otros términos, si también la voluntad de

¹³² J. GOLDSCHMIDT, *ibidem*.

¹³³ También pertenecería a este primer grupo el supuesto del § 261. II. 1 ZPO, citado por el autor alemán como hipótesis de sustitución procesal en el que la facultad del sustituto no está fundada en un derecho de administrar el patrimonio ajeno. Sin embargo, puesto que dicho parágrafo alude a los trámites de notificación de la demanda y citación del demandado, hay que pensar que más que un muy discutible supuesto de sustitución procesal, se trata de una errata o de una cita equivocada.

¹³⁴ Esta última hipótesis no le plantea al maestro alemán ningún género de dudas. Antes al contrario, se reafirma en esta idea cuando puntualiza que si el sucesor y la parte contraria consienten en que aquél asuma el proceso, no hay sustitución procesal “ni con respecto al sucesor ni con respecto a la parte contraria”; luego, si la hay *respecto del transmitente* en el supuesto indicado, en cuyo caso hay que entender que el sujeto sustituido es el sucesor.

los sujetos puede ser causa de una sustitución en la legitimación, entonces los contornos de esta figura respecto de la legitimación ordinaria se difuminan, de tal manera que el único criterio que queda para discernir una y otra queda limitado a juzgar en cada caso si el objeto del proceso cae más o menos dentro de la esfera jurídica *propia* del agente. Que esta idea está presente en el pensamiento de GOLDSCHMIDT lo demuestra el hecho de que -influido por cierta jurisprudencia- también recoge como hipótesis de sustitución procesal no basados -según él- en la ley, sino en la voluntad o en una autorización del sustituido, los casos en los que «el cesionario autoriza al cedente a hacer valer el crédito a nombre propio, o el adquirente de un fundo autoriza al vendedor para que ejecute en su propio nombre el derecho a exigir la rectificación de los asientos del Registro»¹³⁵, acogiendo así, en el ámbito de la sustitución procesal, lo que se ha dado en llamar *gewillkürte Prozeßstandschaft* o sustitución procesal *voluntaria*, desconocida en nuestra doctrina¹³⁶.

b) Junto a las hipótesis anteriores, hay además un segundo grupo que comprende los supuestos en los que la facultad del sustituto de conducir el proceso proviene, según GOLDSCHMIDT, de un derecho de gestión o administración sobre un patrimonio ajeno. Tal y como sucede con el capitán de la nave (§§ 755. II y 761. II CM); con la gestión por parte de uno de los cónyuges de los bienes dotales y los comunes del matrimonio (§§ 1380 y 1443 BGB); y con las formas de administración del caudal relicto (§§ 1958-1961, 1984. I. 2, y 2212-2213 BGB).

En relación con este último supuesto, la lectura de los párrafos del BGB citados por GOLDSCHMIDT induce a ver un sustituto procesal en: a) el heredero que, *de facto* y antes de la aceptación o de la repudiación de la herencia, administra y dispone eficazmente de los bienes que integran el caudal (sustitución que, en todo caso, estaría limitada a la parte activa, porque hasta la aceptación de la herencia no se puede demandar a ningún heredero; cfr. § 1443 BGB); b) el curador o administrador de la herencia nombrado por el tribunal, para actuar activa y pasivamente en los procesos relativos al caudal relicto (§§ 1960-1961, 1984. I. 2 BGB); y c) el albacea nombrado por el testador (§§ 2212 y 2213). Sin embargo, quién sea el sujeto sustituido es cuestión que GOLDSCHMIDT no aclara en esta sede: si el heredero o herederos que lleguen a aceptar la herencia, si los legatarios, o si la herencia misma, globalmente considerada, en cuanto patrimonio autónomo con capacidad para ser parte. En este punto, hay que tener en cuenta, de un lado, que las afirmaciones de GOLDSCHMIDT a propósito de la capacidad para ser parte y de la falta de capacidad procesal de la herencia yacente conducen a entender que los mencionados curadores y albaceas son representantes de la masa que completan

¹³⁵ J. GOLDSCHMIDT, *ibidem*. Estos mismos supuestos, reunidos bajo la categoría de «subrogación llamada voluntaria» los recoge también SCHÖNKE (*Derecho procesal civil, ibidem*).

¹³⁶ Con la salvedades de PRIETO-CASTRO y, sobre todo, de J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal, cit.*, pp. 50-55, para quien se trata de una institución totalmente diferente de la que nos ocupa.

la falta de capacidad procesal de la herencia¹³⁷. Y de otro lado, además, hay que tener también en cuenta lo dispuesto en los §§ 326 y 327 ZPO, que hacen extensibles a los herederos los pronunciamientos dictados, bajo ciertas condiciones, en procesos relativos a bienes del caudal relicto. En otros términos, no se termina de comprender muy bien quién es parte, quién representante, quién sustituto y quién sustituido en esta situación triangular formada entre la herencia yacente, los eventuales herederos y el administrador, albacea o curador. De ahí que otros autores hayan preferido hablar en estos últimos casos de *partes por razón del oficio*¹³⁸.

§. En cuanto al tratamiento jurídico-procesal de la sustitución procesal, al tiempo que mantiene que el examen de la legitimación por sustitución es cuestión perteneciente al fondo del asunto, GOLDSCHMIDT alude a los restantes aspectos jurídico-procesales en distintas sedes; básicamente, en los capítulos relativos a la cosa juzgada y a cada específica hipótesis de sustitución detectada por él. Este tratamiento disperso –que es común a prácticamente todos los autores– no sólo da buena prueba de la dificultad de configurar un régimen jurídico-procesal propio para la figura de la sustitución procesal, sino que, como se ha dicho, en muchas ocasiones pone de manifiesto las contradicciones entre algunas de las hipótesis propuestas y el concepto de sustitución procesal que se postula.

Así, a propósito de la cosa juzgada, dada la heterogeneidad de las hipótesis que incluye en la figura de la sustitución procesal, no es posible establecer si para GOLDSCHMIDT ésta implica siempre una extensión de la cosa juzgada material al sustituido o si, por el contrario, esta eficacia de la sentencia de fondo se forma directamente con él y no con el sustituto. Más bien resulta que¹³⁹: a) en unos casos la cosa juzgada se forma directamente con el sustituido, pero no por mor de la sustitución procesal, sino en virtud de la regla general (cfr. § 325 ZPO) según la cual la cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores, tal y como ocurre con el heredero y con el adquirente de la cosa litigiosa¹⁴⁰; b) en otros casos, la cosa juzgada afecta exclusivamente al sustituto, como en el caso del marido (aunque el autor matiza que cabe que se produzca dicha extensión *ultra partes* si la esposa presta su consentimiento a la gestión procesal del marido); y c) hay incluso otros casos en los que existe extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material sin estar en presencia de un fenómeno de *sustitución en la legitimación*, como en el caso –que cita– de la sentencia absolutoria frente al deudor principal que aprovecha al fiador y al deudor hipotecario.

¹³⁷ Vid. J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pp.192 y 229-230.

¹³⁸ Así, por ejemplo, SCHÖNKE (*Derecho procesal civil*, *ibidem*).

¹³⁹ Vid. J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 393-395.

¹⁴⁰ Téngase en cuenta además que, según afirma en otro lugar (*Derecho procesal civil*, cit., pp. 440), para GOLDSCHMIDT los procesos en los que «algún sujeto, con o sin sustitución en la legitimación, litiga con efecto contra otro» da lugar a un litisconsorcio, lo que convierte a ambos en parte.

Además, examinando el tratamiento procesal de algunas figuras concretas de sustitución procesal, también se advierte que no pocos de esos supuestos que el autor califica de sustitución procesal tienen, también según este autor, un tratamiento procesal equivalente a la de los presupuestos procesales, es decir, un tratamiento muy distinto del que propugna para el examen de la legitimación en el proceso. Ejemplo de ello es el recién examinado supuesto de la herencia yacente, en el que resulta ciertamente difícil armonizar el predicado tratamiento de fondo de la legitimación por sustitución y el tratamiento preliminar que debe recibir la capacidad procesal de la herencia yacente y su integración mediante la representación que ostenta el albacea o curador.

6.2. LA TEORÍA ABSTRACTA SOBRE LA ACCIÓN Y LA SUSTITUCIÓN PROCESAL. LA OBRA DE ROSENBERG

§. Preocupado por armonizar el concepto de parte con la concepción abstracta de la acción que postula¹⁴¹, Leo ROSENBERG –lo mismo que Friedrich LENT¹⁴²– prefiere hablar de *facultad para seguir, conducir o gestionar el proceso*¹⁴³, frente al concepto de legitimación, que, en su opinión, no es más que el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida y, por tanto, presupuesto del fundamento de la demanda. Ahora bien, esta *facultad para conducir el proceso* no es sino un concepto de legitimación de factura procesal, relativa a la acción en cuanto afirmada por el actor en su demanda y que, además, está a medio camino entre los presupuestos procesales y los presupuestos relativos al fondo mismo del proceso, esto es, una cuestión previa al fondo que por lo ordinario se examina en el momento de dictarse la resolución definitiva¹⁴⁴. Pero vayamos por partes.

§. La construcción de Leo ROSENBERG arranca atribuyendo al concepto de parte carácter exclusivamente procesal. «La condición de parte –afirma el autor alemán– no depende de que exista la *facultad de gestionar el proceso*, sino de que *se afirmen los hechos de que ésta depende*»¹⁴⁵. Consecuentemente, parte es quien solicita en su propio nombre la tutela de los tribunales (parte activa) y a aquél contra el que se solicita dicha tutela (parte pasiva); esto es, los sujetos de la llamada *relación jurídica procesal*. Y para serlo, según este autor, bastará -

¹⁴¹ «Ni demandante ni demandado –afirma ROSENBERG– tienen frente al Estado (tribunal) un derecho a sentencia que decida sobre el fondo y menos aún que esa sentencia le sea favorable. El tribunal sólo está obligado a resolver la controversia según el derecho objetivo y, por consiguiente, decidirá por razones procesales o materiales a favor del demandante o a favor del demandado (...) La llamada *pretensión a la tutela jurídica*, entendida como pretensión a sentencia favorables, ni existe en el derecho vigente ni es recomendable *de lege ferenda*» (ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil...*, cit., p. 12).

¹⁴² Vid. F. LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, parte I (*Il procedimento di cognizione*), trad. de la 9ª ed. alemana de 1959 de E. F. Ricci, Napolés, 1962, pp. 79-82.

¹⁴³ Vid. L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil...*, cit., pp. 253-263.

¹⁴⁴ «La faculta de seguir el proceso nos enseña (...) *cuál* es la parte verdadera, es decir, quién es aquella parte frente a la cual el tribunal debe conocer en la causa; o, de otro modo, si puede ser resuelta la controversia entre estas partes» (L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil...*, cit., p. 254).

¹⁴⁵ Vid., para todas estas cuestiones, L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil...*, cit., p. 212 (la cursiva es mía).

además de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal- la afirmación de los hechos de los que depende la legitimación, sin que sea necesaria la existencia efectiva del derecho ni su precisa pertenencia al actor. Para ROSENBERG, estas últimas cuestiones no son determinantes de la condición de parte, sino que pertenecen al fondo del asunto y condicionan el contenido de la sentencia.

Según ROSENBERG, la *facultad para conducir el proceso* determina quién y frente a quién se puede dictar sentencia sobre el fondo. Se trata de un presupuesto controlable de oficio y, por tanto, en su opinión, de carácter procesal; aunque no funda una excepción dilatoria, ya que su examen debe realizarse en el momento de dictar la resolución final. Su falta no origina, como los que él denomina *presupuestos de actuación procesal* (así, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal), la ineficacia del acto ni la del proceso cuando el sujeto resulta no estar facultado. Antes al contrario, los actos procesales que realiza tal sujeto no facultado y, en general, el proceso conducido por él, son eficaces, aunque inadecuados para el fin que persigue la demanda. Por tanto, pese al rechazo de este autor del concepto de legitimación, la *facultad para seguir el proceso* que defiende es, en el fondo, un cambio terminológico, porque al final debe reconocer que esta facultad «es la consecuencia o la expresión de una *relación material* entre la parte y el objeto de litigio» que «se determinará casi siempre por el derecho material»¹⁴⁶. En otras palabras, el problema de quién está legitimado se convierte, en el pensamiento de ROSENBERG, en el problema de determinar quién es titular de esa facultad para conducir o gestionar el proceso, que, como él mismo se encarga de precisar, no es «emanación del derecho sobre el que se lleva el proceso (...), sino la *posibilidad* de provocar una resolución material por o contra el titular»¹⁴⁷. Y a estos efectos, el autor distingue los siguientes grandes grupos de sujetos titulares de esa facultad¹⁴⁸:

a) En primer término, encontramos que son normales los supuestos en los que la facultad de gestionar el proceso corresponde al titular o al portador del derecho o de la relación jurídica controvertidos; lo que se corresponde con nuestra legitimación ordinaria o propia. O, lo que es lo mismo, lo que para LENT es legitimación material o *Sachlegitimation*, sólo que, a diferencia de ROSENBERG, para este autor la cuestión de su existencia es siempre relativa al fondo, no un presupuesto procesal, y viene regulada por las normas del Derecho material¹⁴⁹. Y a continuación ilustra ROSENBERG esta primera noción con algunos supuestos de entre los que hay que destacar el caso del consignatario de la carga que en su propio nombre hace valer frente al transportista los derechos del contrato de transporte; o los del usufructuario, el acreedor hipotecario o el pignoraticio que ejercitan la *actio confessoria* de los §§ 1065, 1147 y 1227 BGB.

¹⁴⁶ L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., p. 254.

¹⁴⁷ L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., p. 256.

¹⁴⁸ Vid. L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., pp. 213-217 y 256-259.

¹⁴⁹ F. LENT, Diritto processuale civile tedesco, cit., pp. 79-80.

b) En segundo término, advierte ROSENBERG que hay un grupo de supuestos en los que el titular del derecho o la relación jurídica controvertidos no puede ser parte por carecer de la facultad de conducir por sí el proceso, como es el caso de la mujer casada para iniciar procesos relativos a los bienes aportados al matrimonio; el del mero heredero provisional en el caso del § 1958 BGB; y el sucesor del derecho controvertido, siempre que no se haya producido un cambio de partes o sucesión procesal.

c) Y en tercer término, están los casos que el autor se abstiene de calificar como de sustitución procesal y que prefiere denominar de «estado procesal del tercero». Esta categoría agrupa supuestos en los que excepcionalmente la facultad de gestionar el proceso corresponde «a un tercero [extraño al derecho] en lugar del titular del derecho controvertido, se entiende), pero gestionando en nombre propio el proceso sobre una relación jurídica ajena¹⁵⁰. Entonces, mantiene el alemán, ese tercero devendrá parte por propio derecho, pero sobre un derecho o relación jurídica ajenos¹⁵¹.

§. ¿Cuáles son estos supuestos o subgrupos que en muchos casos –dice el autor– se relacionan con los del grupo anterior? De nuevo, es en el contenido de nuestra categoría donde se advierte el revoltillo en el que acaba convertida la sustitución procesal cuando se aborda cualquier intento sistematizador serio. En este punto, LENT es bastante más claro, puesto que sólo habla de derecho de conducir el proceso para ponerlo en contraposición a los casos de legitimación ordinaria e ilustrar el diferente tratamiento procesal que deben recibir uno y otro en el proceso. Las subcategorías de la figura del «estado procesal del tercero» que distingue ROSENBERG son las cuatro siguientes:

a) En primer lugar, se distinguen «aquellas personas que, *en lugar* del dueño del patrimonio, ejercen *en nombre propio* la administración». Así, básicamente, el marido respecto de los bienes comunes del matrimonio, aunque el autor alemán trata un gran número de situaciones que pueden darse en relación con la gestión de los bienes del matrimonio.

b) En segundo lugar, agrupa ROSENBERG en una segunda categoría de supuestos bien dispares entre sí; supuestos que van desde el cedente del derecho o bien litigioso sin que se verifique una sucesión procesal, hasta casos que obedecen a la idea de comunidad, tales como el copropietario que actúa para los demás, el acreedor solidario autorizado por los restantes acreedores para el exigir cumplimiento de la prestación, o el coheredero para la comunidad de herederos; así como otros supuestos extraídos del Derecho privado que muy difícilmente son reconducibles *ad unum*: el endosatario y el endosatario encubierto, el mandatario para el cobro por cuenta del titular del derecho, el comisionado, el recibidor del flete, el tomador del seguro por cuenta ajena, el perjudicado en caso de seguro marítimo, el editor de una obra anónima o publicada bajo pseudónimo y el editor de una obra de arte plástico o fotografía.

¹⁵⁰ Vid. L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., p. 256-259. Los corchetes son aclaratorios.

¹⁵¹ Cfr. L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., p. 213.

c) En tercer lugar, figuran los casos en los que la facultad para gestionar el proceso proviene de la autorización de otra persona. Lo que tiene lugar en sólo dos casos y, por consiguiente, se muestra contrario a que pueda darse una suerte de sustitución procesal *voluntaria* con carácter general. Tales casos son el del sucesor del derecho controvertido cuando la contraparte autoriza la sucesión procesal y el de la mujer cuando litiga con autorización del marido.

d) Y en cuarto y último lugar, para completar la miscelánea, el autor alemán pone en relación la facultad de gestionar el proceso con el principio general del Derecho de la buena fe, a imagen y semejanza de lo que se hace en el Derecho privado con los actos de disposición y la protección de los terceros de buena fe; eso sí, aclarando que del hecho de que en algunos casos la parte haya obrado en la creencia de estar facultado para gestionar el proceso sin que se haya advertido su falta en el proceso no significa extraer de ello una regla general («un principio general de la protección de la buena respecto de la facultad de gestión procesal –afirma– no puede derivarse de esto»¹⁵²).

§. Por lo demás y para terminar el examen del pensamiento de este autor, hay que señalar que para ROSENBERG la facultad de gestión del proceso por el no titular del derecho controvertido no produce extensión *ultra partes* de la cosa juzgada para dicho titular:

«La facultad de gestión del proceso no significa, como se debería esperar, que la sentencia dictada con respecto al tercero facultado para la gestión produzca también *autoridad de cosa juzgada* contra el titular de la relación jurídica no facultado»¹⁵³.

¹⁵² L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., p. 259.

¹⁵³ L. ROSENBERG, Tratado de Derecho procesal civil..., cit., p. 261.

CAPÍTULO III

La formulación del concepto de «sostituzione processuale» por Giuseppe CHIOVENDA y su recepción en la doctrina italiana

1. La elaboración chiovendiana sobre la sustitución procesal y su posterior desarrollo en la doctrina italiana

§. Apenas empezado el siglo XX, Giuseppe CHIOVENDA aprovechó las enseñanzas de KOHLER y de HELLWIG para formar una categoría jurídico-procesal de carácter dogmático –no positivo– denominada –no sin fortuna, vista su difusión ulterior– *sostituzione processuale* y que fue pronto acogida por el resto de los autores italianos, aunque no sin encontrar cierta resistencia. La importancia de la obra de CHIOVENDA radica, como se ha hecho notar ya, en que la visión que de esta figura tenemos en España es tributaria de la concepción del maestro italiano. Y ello, pese a que, como se verá en su momento, la introducción de esta figura en nuestra primera literatura tuvo lugar en la década de los treinta del siglo XX, merced a la meritoria traducción al castellano de los autores alemanes.

2. La «sostituzione processuale» en la obra de Giuseppe CHIOVENDA

§. Como ya se ha dicho¹⁵⁴, habrá que esperar a la primera edición, del año 1906, de los *Principii di Diritto processuale civile*, de Giuseppe CHIOVENDA para encontrar, por primera vez en Italia, una referencia concreta y desarrollada de la sustitución procesal, red denominada ya con los términos chiovendianos de «*sostituzione processuale*».

Esto, empero, ya en su conocido discurso *L'azione nel sistema dei diritti*, leído en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903¹⁵⁵, aunque no llega a referirse a la sustitución procesal, se cita la acción subrogatoria del artículo 1234 del antiguo *Codice civile* italiano como ilustrativa de la noción de acción que él propugna, entendida ésta allí como un derecho de persecución judicial tendente a la obtención de un acto de tutela de un interés, que normalmente se refiere a otro derecho¹⁵⁶.

§. En una primera aproximación hay que señalar que los aspectos más destacables de la *sostituzione processuale* pensada por CHIOVENDA están, en primer lugar, en la disociación entre la *legitimatío ad causam* y la *sostituzione processuale*, así como el diferente tratamiento procesal que deben recibir una y

¹⁵⁴ Vid. *supra*, Introducción, nota 7.

¹⁵⁵ Publicado, junto con otros trabajos, en sus *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, pp. 1-99.

¹⁵⁶ Donde no hace ninguna referencia a la sustitución procesal es en su primera monografía, de 1901, sobre *La condanna in costas* (trad. al castellano de J. A. de la Puente y Quijano y notas de J. R. Xirau, por la que se cita), Madrid, 1928. En ella (pp. 250-262) analiza el concepto de parte, presentando algunos supuestos de administración como dudosos entre la categoría de parte y la de representación. Pero no existe ni puede extraerse ninguna referencia al concepto del sustitución procesal.

otra en el proceso; en segundo lugar, en la contraposición de esta figura –que el autor trata de remarcar– respecto de la representación; y en tercer lugar, en la eficacia de ese poder del sustituto. Sobre todo estas dos últimas cuestiones son ya advertibles en la definición que en sus *Istituzioni*¹⁵⁷ nos brinda el maestro italiano sobre la *sostituzione processuale*: «el poder de pedir *en nombre propio* la actuación de una voluntad de ley que garantiza un bien *para otro*».

§. Empezando por la primera de las cuestiones apuntadas, CHIOVENDA incluye entre los presupuestos procesales, esto es, entre las condiciones para que el tribunal pueda y deba pronunciarse sobre el fondo, la concurrencia en el actor de ese poder en el que consiste la sustitución procesal, aunque expresa sus dudas¹⁵⁸; mientras que la legitimación *ad causam*, entendida ésta como la cualidad o identidad de las personas del actor y del demandando con aquellas a cuyo favor (legitimación activa) y en contra (legitimación pasiva) está la voluntad concreta de la ley (acción)¹⁵⁹, es una *condición de la acción* y, por lo tanto, una cuestión perteneciente al fondo del asunto¹⁶⁰. Los primeros, es decir, los *presupuestos procesales*, deben existir al momento de la demanda y condicionan que el tribunal emita un pronunciamiento, favorable o desfavorable, sobre la demanda, de tal manera que si se aprevia su falta la resolución carecerá de fuerza de cosa juzgada material. En cambio, las *condiciones de la acción* son condiciones necesarias para que el tribunal tenga que declarar existente y actuar la voluntad concreta de la ley invocada por el actor, por lo que determinan el dictado de una resolución favorable. Luego, hasta aquí cabe extraer que el poder en el que consiste la *sostituzione processuale* se acerca más a la antigua *legitimatio ad processum* que a la *legitimatio ad causam*, al menos en lo que hace a su tratamiento procesal.

Sin embargo (y sin abandonar todavía sus *Instituciones*), CHIOVENDA vuelve a referirse a la *sostituzione processuale* al tratar la *legitimatio ad causam*¹⁶¹. Sobre la legitimación nos dice CHIOVENDA que en la mayor parte de los casos la cuestión de la pertenencia del derecho o la acción se confunde con la cuestión de la existencia misma de ese derecho o acción. Aunque, por excepción, hay casos en los que estos aspectos se ofrecen como separables, cobrando así interés la cuestión de la legitimación. Entre los casos en que se produce esta disociación el jurista italiano no llega a incluir directamente los supuestos de sustitución procesal, aunque sí hace una referencia indirecta a los mismos (hay que entender que dejando a salvo su naturaleza de presupuesto

¹⁵⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, vol. I, Nápoles, 1933, p. 54.

¹⁵⁸ Algunos presupuestos procesales, sostiene CHIOVENDA, presentan elementos de carácter secundario y no preliminares que justificarían su colocación dogmática entre las condiciones de la acción o en una categoría intermedia o diversa, como, «según algunos, la capacidad de ser parte y la sustitución procesal» (*Istituzioni...*, cit., p. 62).

¹⁵⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni...*, cit., pp. 59 y 164. Nótese que CHIOVENDA todavía usa el viejo término *legitimatio ad causam*.

¹⁶⁰ G. CHIOVENDA, *Istituzioni...*, cit., p. 59. Precisamente por la definición chiovendiana de la legitimación como la persona a favor o en contra está la voluntad de la ley CHIOVENDA merece el reproche que le dirige GARBAGNATI (*La sostituzione processuale*, cit., pp. 140-141), en el sentido de no comprender al sustituto procesal como sujeto legitimado.

¹⁶¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni...*, cit., pp. 164-167.

procesal y, por consiguiente, sin hacerlos entrar en la categoría de la *legitimatio ad causam*). En concreto, tras señalar los casos de cesión de derechos y de pluralidad de sujetos, el maestro italiano cita como supuestos en los que la cuestión de la legitimación cobra interés el caso de los patrimonios autónomos y sus formas de administración independientes. Y es al hilo de éstos donde puntualiza que estas formas de administración independientes (que se producen, por ejemplo, en los casos de herencia yacente, sociedad, patrimonio dotal o quiebra), han de distinguirse de la *sostituzione processuale*: «muchas veces un derecho, que se reconoce pertenecer a una persona o a una comunidad, es hecho valer en juicio *por otra persona*, pero *en nombre propio*, no como representante», y cita el caso de unas ya derogadas acciones populares supletorias del Derecho italiano, a las que, en adelante, seguiría aludiendo la doctrina italiana¹⁶².

§. En lo que hace a la segunda de las cuestiones apuntadas, esto es, a la diferencia entre sustitución procesal y representación es en sus *Principios*¹⁶³ donde CHIOVENDA realiza un análisis más detenido de la sustitución procesal, a la que presenta como una categoría de supuestos en los que resulta característica la *falta de identidad* entre el *sujeto de la relación procesal* y el *sujeto de la relación material deducida* en el proceso, sin que esta disociación encuentre una explicación satisfactoria mediante la figura de la representación. Más bien, de su lectura se infiere que a lo que se asemeja la sustitución procesal es al *poder de disposición* del Derecho civil sólo que trasladado al ámbito procesal, de tal manera que un sujeto ejercita procesalmente un derecho ajeno en nombre propio:

«Así como en Derecho privado hay casos en que se admite a algún sujeto el ejercicio en nombre propio de derechos ajenos, así otro puede comparecer en juicio en nombre propio por un derecho ajeno»¹⁶⁴.

Y señala a continuación cuáles son las diferencias con la representación, con la cual guarda cierta similitud la sustitución procesal¹⁶⁵. Así, mientras que se asemejan en que ambas producen algunos efectos análogos, la diferencia fundamental entre una y otra categoría estriba en que el sustituto procesal no obra en nombre ajeno, no actúa por el representado, que es la verdadera parte; al contrario, «el sustituto procesal obra en nombre propio y *es parte en el pleito*». Por ello, los derechos, facultades, cargas y obligaciones del proceso son para él: «responde de los gastos del pleito, es incapaz como testigo, etc.»¹⁶⁶. Además, otra diferencia puede encontrarse en que es la ley quien autoriza al sustituto a ejercitar un derecho ajeno y ello, en atención a la situación jurídica

¹⁶² G. CHIOVENDA, *Istituzioni...*, cit., pp. 166-167.

¹⁶³ G. CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de la 3ª ed. pde J. Casais y Santaló con notas de A. Salvador Bosque (por la que se cita), t. II, 1ª ed. 1ª reimp. Madrid, 2000; *vid.* especialmente pp. 26-31, donde analiza la sustitución procesal.

¹⁶⁴ G. CHIOVENDA, *Principios...*, cit., p. 26.

¹⁶⁵ Bien es verdad que aquí el maestro italiano reconoce que, «naturalmente, admitir esta figura (esto es, la sustitución procesal) supone un determinado concepto de lo que es la representación» (*Principios...*, cit., p. 27, nota 2).

¹⁶⁶ G. CHIOVENDA, *Principios...*, cit., p. 27.

en la que se encuentra respecto de la ejercitada y que constituye al sustituto en portador de un interés legitimante, distinto del llamado *interesse ad agere* (que debe concurrir siempre que se solicita la tutela de los tribunales).

§. Lo anterior enlaza con la tercera de las cuestiones mencionadas, esto es, con la cuestión de la eficacia que genera la actividad del sustituto. Si, siendo parte, todos los efectos procesales son para él mismo y no para el sustituido (lo cual distingue la figura de la sustitución procesal de la representación), sucede, no obstante, que «la actividad que realiza tiene necesariamente influencia y eficacia respecto del sujeto del derecho por el cual litiga»¹⁶⁷. Ahora bien, cuál sea la naturaleza y el alcance de esta eficacia es cuestión que, por desgracia, no queda en absoluto clara.

En sus *Instituciones* y en algunos pasajes de los *Principios*, al caracterizar la sustitución procesal como la obtención de un bien *para otro* y sugerir que esa eficacia no es propiamente procesal, sino de carácter material, el pensamiento de CHIOVENDA entronca con la doctrina clásica alemana. O, si se quiere simplificar, podría decirse que en la sustitución procesal A demanda en un proceso a B, resultando que, no la tutela de los tribunales, sino el objeto al que se refiere dicha tutela, lo es para C en lugar de para A (piénsese en el esquema de la acción subrogatoria). En tal caso, habría que concluir que la eficacia de la actuación del sustituto es claramente de carácter material que el autor explica como producto de «la expropiación (o la declaración de una expropiación ocurrida *ope legis* con anterioridad) del ejercicio de la acción contra el titular de ésta (...) subordinada a la hipótesis de que el titular no obre»¹⁶⁸. Lo único claro para CHIOVENDA es que al ser parte el sustituto, todos los efectos del proceso son para él, aunque en ocasiones –pero no se sabe en cuáles– puede existir entre sustituto y sustituido un ámbito interno de relaciones, en virtud del cual el primero repercute sobre el segundo los gastos del proceso¹⁶⁹. Luego, la oscura eficacia de la sustitución procesal consistiría, en primer lugar, en la eficacia jurídico-material de la sentencia respecto del bien o derecho al que se refiera el proceso (aunque CHIOVENDA deja sin explicar cómo la aplica en cada uno de los supuestos que refiere de sustitución procesal) y, en segundo lugar, en una eventual eficacia entre sustituto y sustituido que se desenvuelve en un plano interno de relaciones jurídicas entre ellos.

§. En cuanto al resto de los caracteres de la sustitución procesal en CHIOVENDA, todavía hay que destacar tres aspectos.

¹⁶⁷ G. CHIOVENDA, *ibidem*. Esto, dice a continuación CHIOVENDA, «resuelve muchas dudas de la doctrina: por ejemplo, la sentencia tiene eficacia respecto del sucesor a título particular, en caso de sucesión durante el pleito, la sentencia sobre la acción popular (supletoria), excluye cualquiera otra acción sobre la misma relación. Aquí se verifica un fenómeno igual al que se produce en caso de patrimonios autónomos».

¹⁶⁸ G. CHIOVENDA, *Principios...*, cit., p. 28.

¹⁶⁹ «La relación interior que media entre sustituto y titular explica por qué el sustituto puede tener derecho para repetir del titular los gastos del pleito ganado o también perdido, aunque como *parte* responda de ellos personalmente en la relación con el adversario» (G. CHIOVENDA, *Principios...*, cit., p. 27, nota 3).

El más claro es que, al no ser el sustituto procesal titular de la relación deducida en el proceso, *no puede realizar toda clase de actividades procesales*. Naturalmente, se refiere CHIOVENDA a aquellas actividades que sólo son eficaces y válidas «en cuanto emanan del que es titular de la relación sustancial (juramento, confesión, renuncia de la acción, reconocimiento de la acción) o del que es representante u órgano del titular»¹⁷⁰. Dicho de otro modo, los actos procesales que implican disposición, total o parcial, del derecho deducido en el proceso le están vedadas al sustituto procesal, pese a ser éste parte («la actividad de éste, hállese circunscrita por su misma condición»¹⁷¹).

El segundo aspecto que interesa destacar se refiere a la *presencia o ausencia del sustituido en el proceso*. En este punto, lo más relevante estriba en que la ausencia del verdadero titular del derecho que el sustituto hace valer en el proceso no constituye una característica de la sustitución procesal, no es una nota inherente a ella. Dicho en otros términos, a efectos de identificar la sustitución procesal en la obra de CHIOVENDA resulta irrelevante la ausencia en el proceso del sustituido, porque, como él mismo afirma, «tenemos casos en los que el titular *debe* ser llamado, como por ley en caso de acción popular (...) (o) como, según la opinión doctrinal más acertada, en caso de acción subrogatoria»¹⁷².

«En estos casos (y la observación puede generalizarse a otros semejantes), la sentencia del juez –continúa el autor– provee ante todo a la expropiación (o a la declaración de una expropiación ocurrida *ope legis* con anterioridad) del *ejercicio* de la acción contra el titular de ésta (...) [de forma] condicionada, esto es, subordinada a la hipótesis de que el titular no obre. Si la sentencia tiene este contenido preliminar, no puede surgir más que respecto del titular, pero éste es llamado al pleito para este solo efecto, y no como parte»¹⁷³.

Y, por último, el tercer aspecto que no se puede pasar por alto consiste en la precisión que hace CHIOVENDA sobre el *tiempo en el que puede producirse y también extinguirse la sustitución procesal*. Para él, la sustitución procesal no es siempre originaria ni perpetua: el sustituto no tiene por qué ser parte desde el mismo inicio del proceso mediante la presentación de la demanda y también puede ocurrir, de manera inversa, que deje de serlo durante la litispendencia. En otros términos, puede originarse una sustitución procesal *in itinere*, cuando, por ejemplo, el acreedor en el caso del artículo 1234 del *Codice civile* italiano

¹⁷⁰ Principios..., cit. p. 28.

¹⁷¹ Principios..., *ibidem*.

¹⁷² Nótese que para cuando el insigne autor hizo estas afirmaciones el *Codice civile* italiano entonces en vigor no establecía la citación en causa del deudor sustituido en la acción subrogatoria, al modo en que en la actualidad lo hace el artículo 2900 del *Codice civile* de 1942. El silencio legal de la norma entonces vigente llevó a parte de la doctrina civilista a plantear *de lege ferenda* la necesaria intervención en el proceso del deudor subrogado y esta sugerencia resultó acogida en la norma citada. Sobre la cuestión de la presencia o ausencia del sustituido en la acción subrogatoria, *vid.*, por todos, E. REDENTI, *Il giudizio con pluralità di parti*, 1ª ed., Milán, 1911, reimp. 1960, pp. 109-113, donde se muestra favorable a la existencia de lo que este autor denomina un litisconsorcio *colectivo* pasivo entre el acreedor actuante y el deudor subrogado.

¹⁷³ Principios..., cit., p. 29.

apele la sentencia obtenida por su deudor. E, inversamente, puede también ocurrir que el litigante deje de ser un sustituto procesal, como sucedería, a su modo de ver, si, por ejemplo, el propietario de la nave accede al proceso en el lugar del capitán en un pleito que verse sobre obligaciones contraídas durante la expedición¹⁷⁴.

§. Por último, vista la caracterización de la *sostituzione processuale* chiovendiana, es preciso referirse a los supuestos que, según el maestro italiano, conforman esta categoría. Así, encontramos los siguientes¹⁷⁵:

a) Los supuestos de sucesión a título singular en el derecho litigioso, cuando el proceso continúa con las partes originarias, pero con efecto para el tercero. Como dice al tratar la sucesión a título particular, «tenemos aquí un caso de “sustitución procesal”, porque la parte que enajenó continúa en el pleito *en nombre propio*, pero por un derecho ajeno. (...). Y esta aplicación de la sustitución procesal explícate con el principio general de que la actuación de la ley debe considerarse verificada en el momento de la demanda y que ésta contiene en germen la relación procesal»; esto es, en contra de lo mantenido a propósito de la extinción de la sustitución procesal que se ha visto en el número anterior, CHIOVENDA afirma que «los hechos posteriores, normalmente, no pueden modificarla»¹⁷⁶.

b) El supuesto del marido que actúa por sí solo en procesos declarativos relativos a los bienes dotales o respecto de derechos comunes de los que no es el único sujeto.

c) La actuación del capitán que es demandado en el lugar del propietario del buque por hechos suyos o de la tripulación o por obligaciones contraídas durante la expedición.

d) Los supuestos de garantía por acciones reales, donde es demandado el garante no sólo por sí, sino también por y para la persona garantizada, para que ésta restituya la cosa que posee. «Las sentencias producidas contra el garante son *ejecutivas también contra el garantizado* (excepto para los gastos y daños)».

e) La acción subrogatoria del ya derogado artículo 1234 *ccIt*, en la medida en que el acreedor puede ejercitar, para la consecución de cuanto se le debe, las acciones del deudor, salvo las exclusivamente inherentes a su persona. En este supuesto, el acreedor que ejercita la acción comparece en juicio en nombre propio, pero por un derecho ajeno y, por ello, es parte, aunque, según la doctrina dominante (luego trasladada al actual artículo 2900 *ccIt*) el sustituido debe ser llamado al proceso. Y, de nuevo, aquí vuelve a arremeter CHIOVENDA contra la doctrina de la representación, tan querida –a propósito de este supuesto– para los exégetas franceses: «es contrario a la realidad de las

¹⁷⁴ Vid. G. CHIOVENDA, *Principios...*, p. 31.

¹⁷⁵ G. CHIOVENDA, *Principios...*, pp. 30-31.

¹⁷⁶ G. CHIOVENDA, *Principios, cit.*, p. 398.

cosas ver en este caso una representación, ni se puede hablar de un mandato *conferido por la ley* al acreedor».

y f) La acción popular supletoria también constituye un supuesto de sustitución procesal. De esta existían, al tiempo de CHIOVENDA, dos especies que el autor ilustra. Una, la acción que compete a todo contribuyente, por su propia cuenta y riesgo y previa autorización de la Junta provincial administrativa, para ejercitar las acciones que correspondan al municipio; y otra, la que compete a todo ciudadano para ejercitar las acciones correspondientes a las instituciones de beneficencia. En ambos casos, según CHIOVENDA, tampoco hay representación pese a que se ejerciten acciones de otro, porque el municipio no es parte; prueba de lo cual es que las entidades sustituidas pueden intervenir en el proceso.

3. Las tempranas opiniones críticas a la *sostituzione processuale* de CHIOVENDA

§. Acogidas tempranamente las ideas de CHIOVENDA por parte de los autores de su época¹⁷⁷, tales ideas tampoco escaparon a las críticas de otros autores. Los máximos exponentes de esta postura crítica son, sin duda, Antonio SEGNI y Salvatore SATTA, pero tanto antes como después es posible encontrar autores que se resistieron a acoger una categoría tan imprecisa.

3.1. LA PRIMERA POSICIÓN CRÍTICA DE GALANTE

§. Del primer procesalista del que se tienen noticias que se hiciera eco de la doctrina chiovendiana en sentido crítico es Vincenzo GALANTE¹⁷⁸. Las críticas de este autor se dirigen a poner de manifiesto que la utilidad de esta figura, más que positiva por reagrupar supuestos bajo una única categoría, es de índole negativa, por haber servido para descartar de la representación hipótesis

¹⁷⁷ Es el caso, entre otros, de Bindo GALLI y de Federico CAMMEO. El primero (*vid.* su “Sul concetto di parte e sul mandato alle liti nel processo civile”, separata de su nota a sentencia de la Corte d’Appello di Brescia de 11 de agosto de 1909, publicado en *La Legge*, L, núm. 5, pp. 6-7) añade a los supuestos de CHIOVENDA las obligaciones solidarias y las relaciones jurídicas indivisibles y caracteriza la sustitución procesal como supuestos en los que alguien hace valer el derecho perteneciente a otra persona, pero no como representante, sino en nombre propio y por derecho e interés propio (*utendo iuribus*), en cuyo caso aquel deviene parte, pese a que la cosa juzgada tenga efecto para otra persona o por cosas pertenecientes a otros, como en el caso del marido. Por su parte, Federico CAMMEO, (*vid.* sus *Lezioni di procedura civile*, Milán, 1910, de la que existe una edición facsímil, por la que se cita, Padua, 1992, pp. 478-479) recoge dentro del capítulo dedicado a las partes un apartado dedicado a la sustitución procesal donde asume las enseñanzas de CHIOVENDA, añadiendo a la caracterización de éste la actuación en interés propio y no ajeno del sustituto y citando como ejemplos únicamente la acción subrogatoria y las acciones populares supletorias. *Vid.* también M. T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milán, 1916, pp. 212 y ss., para quien la sustitución procesal puede también suceder durante la segunda instancia.

Para otros autores que siguieron las enseñanzas de CHIOVENDA, *vid.* los citados en G. CHIOVENDA, *Principios...*, *cit.*, p. 26, nota 1.

¹⁷⁸ *Vid.* V. GALANTE, *Diritto processuale civile (parte generale)*, 2ª ed., Napolés, 1909, pp. 388-390 y 771-772.

que no son tales. Y así señala que la única nota en común entre los variados supuestos que se han incluido en ella consiste en que en ciertos casos, respecto de ciertas personas, no se puede hablar de terceros (porque los mismos actúan en el proceso asumiendo el mismo como propio), pero tampoco de verdaderas y propias partes ni de representantes. Críticas éstas que aunque –como ya hiciera CHIOVENDA– pueden contestarse señalando que si no son hipótesis de representación «serán otra cosa»¹⁷⁹, no son tan desdeñables como quisiera el maestro italiano.

«La justa exigencia de hacer categorías –se queja GALANTE–, merced a la sugestión del ejemplo extranjero, ha hecho encasillar por la fuerza en el grupo figuras disparatadas, examinando atentamente algunas de las cuales se termina por hacer un trabajo de demolición que lo que de verdad demuele es la categoría. En sustancia –concluye– la figura de quien en nombre propio está en juicio por un derecho ajeno se puede vislumbrar y se vislumbra sólo en el caso de la acción subrogatoria (y es también discutible que se vislumbre exactamente (...)) (Y) si es así, lo mismo que una golondrina no hace verano, un caso no hace categoría»¹⁸⁰.

3.2. ENRICO REDENTI Y SU LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA

§. En 1911 ve la luz en Milán la primera y conocida monografía de Enrico REDENTI *Il giudizio civile con pluralità di parti*, donde se acuñan por primera vez los términos *legitimación extraordinaria* y donde también arremete contra la sustitución procesal, dudando de la posibilidad misma de construir una categoría a partir de los «pocos, equivocados y no homogéneos» supuestos que normalmente se incluyen en ella¹⁸¹.

Para REDENTI la legitimación extraordinaria agrupa los casos en los que terceros interesados, y en el límite de su interés, pueden actuar sobre una relación jurídica ajena, constituyendo una parte del fenómeno más amplio de proceso único con pluralidad de partes por él estudiado. El fenómeno de la legitimación extraordinaria comprende, en su opinión, no sólo la impugnación de un acto de voluntad unilateral y autónomo, como, por ejemplo, la impugnación de un testamento, sino que también comprende las relaciones jurídicas, aunque éstas sean ajenas:

«La tutela del interés de algunos terceros se hace aquí prevalecer también sobre el principio de que de las relaciones jurídicas pueden disponer en juicio y fuera de juicio sus sujetos titulares (...)»¹⁸².

Prosiguiendo con el razonamiento de este autor, dada la existencia de esa legitimación activa extraordinaria, de ella se deriva la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre los sujetos de la relación impugnada (porque la relación jurídica no puede ser modificada sino frente a todos los sujetos implicados al mismo tiempo). Y pone como ejemplo un primer grupo que comprende las acciones de estado (así, la impugnación del matrimonio por

¹⁷⁹ G. CHIOVENDA, *Principios...*, cit., p. 26, nota 1, *in fine*.

¹⁸⁰ V. GALANTE, *Diritto...*, cit., pp. 771-772.

¹⁸¹ E. REDENTI, *Il giudizio con pluralità...*, cit., p. 111.

¹⁸² E. REDENTI, *Il giudizio con pluralità...*, cit., pp. 98 y *passim*.

un tercero, la impugnación por un tercero del reconocimiento de un hijo natural, la acción de reclamación e impugnación de estado y la declaración de maternidad y de paternidad); y otro segundo grupo donde se incluyen algunas de las hipótesis explicadas por CHIOVENDA desde la categoría de sustitución procesal, a saber:

- a) la acción subrogatoria;
- b) la acción revocatoria;
- c) la acción de simulación ejercitada por un tercero;
- d) la oposición de tercero; y
- e) las acciones populares supletorias del Derecho italiano.

En todas estas hipótesis ve REDENTI una legitimación activa extraordinaria y un correlativo –y redundante en su denominación– litisconsorcio colectivo necesario. En lo que ahora importa, circunscribiéndonos a la acción subrogatoria (por ser esta hipótesis común a nuestro ordenamiento según la opinión más extendida), para REDENTI está legitimado activamente el acreedor en el supuesto del artículo 1234 del *Codice civile* sin necesidad de previa sentencia o autorización judicial; y pasivamente, tanto el *debitor debitoris* como el deudor sustituido, conjuntamente. Esto es, constituye un ejemplo de proceso único con pluralidad de partes en el que concurren, en el lado activo, un sujeto legitimado extraordinariamente, porque la tutela que insta produce un efecto jurídico inmediato sobre un bien que pertenece a otro sujeto; y en el lado pasivo, los sujetos de la relación jurídica deducida en el proceso, es decir, el deudor subrogado y el *debitor debitoris*. Para negar esto que para REDENTI se deduce de las reglas generales del proceso, no basta –arguye el autor– ni la redacción legal del artículo 1234 del *Codice civile* (en cuanto pueda inducir a pensar que se trata de una subrogación *ipso iure* y sin necesidad de contradicción); ni que se trate de una excepción aislada. Y, desde luego, a lo que se muestra radicalmente contrario es a que frente a su razonamiento sobre la necesidad del litisconsorcio pasivo necesario se le pueda oponer la existencia de una muy dudosa categoría –la sustitución procesal– que quiere caracterizarse por la producción de ciertos efectos sin la presencia del sujeto destinado a recibirlos. Y es a estos efectos donde mantiene que, no obstante el reagrupamiento bajo la sustitución procesal de esos pocos, disparatados y no homogéneos ejemplos, los mismos siguen siendo casos aislados, por lo que carece de valor argumentar *a contrario*.

3.3. UGO ROCCO Y LA ACCIÓN EN SENTIDO ABSTRACTO

§. Defensor de una de las primeras teorías abstractas sobre la acción en Italia, Ugo ROCCO, siguiendo en este punto a REDENTI, considera innecesaria la categoría de la sustitución procesal para explicar la legitimación de sujetos que no son titulares de la relación jurídica deducida en el proceso¹⁸³. ROCCO se muestra especialmente crítico en dos puntos; uno, frente a la categoría y otro,

¹⁸³ Vid. U. ROCCO, *Corso...*, cit., pp. 284-288.

frente a la caracterización de la sustitución procesal como ejercicio en nombre propio de derechos ajenos.

En primer término, frente a la categoría, este autor enlaza con el pensamiento de REDENTI y mantiene que, incluso admitiéndola, la sustitución procesal presenta la doble desventaja de que, aun constatando el fenómeno de disociación entre el sujeto del derecho y el sujeto del ejercicio, no explica por qué se verifica el mismo y, además, no agrupa todos los casos en los que un sujeto promueve la actuación jurisdiccional sobre relaciones de las que no es titular, tal y como había puesto ya de manifiesto Enrico REDENTI con su *legitimación extraordinaria*. En este punto, aunque el autor no nos ilustra con ningún ejemplo, por los derroteros que después de REDENTI ha seguido la doctrina italiana podemos pensar aquí, por ejemplo, en las acciones de nulidad de matrimonio ejercitadas por terceros interesados o por el Ministerio Público; esto es, en acciones que para nosotros son constitutivas y en las que las personas legitimadas lo están por la ley en vista de un interés digno de tutela, sin necesidad de recurrir a una tortuosa sustitución procesal.

Y en segundo término, frente a la caracterización de la sustitución procesal como ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno, ROCCO no se muestra menos crítico: ¿Qué es lo que hay que entender por *ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno* desde el punto de vista de la acción y desde el punto de vista del derecho material que se hace valer? Para el autor italiano, siendo el derecho de acción un derecho independiente y autónomo, a éste último hay que estar. Y si ello es así, mucho más sencillo que construir una categoría tan imbricada con el derecho material como la sustitución procesal¹⁸⁴, es negar que se pueda producir el pretendido ejercicio de un derecho de acción ajeno en nombre propio y prefiere, en su lugar, explicarlo como «el ejercicio de un derecho de acción propio y, por tanto, en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica ajena»¹⁸⁵. Y estando así las cosas, concluye el autor que este fenómeno, de acuerdo con los postulados de REDENTI, abraza muchos más casos –y más ricos en matices– y que es mejor agruparlos bajo la llamada *legitimación extraordinaria*.

«El pretendido fenómeno de la sustitución procesal, es decir, del ejercicio de un *derecho de acción ajeno*, en *nombre propio* desde el punto de vista del derecho de acción, no existe»¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Recordemos (*vid. supra*, Introducción, nota 6) que de ROCCO son las palabras de que «el instituto de la sustitución procesal no es otra cosa que el producto de una concepción híbrida del derecho de acción que es común a quienes, a pesar de todo, tienen todavía una concepción privatística del derecho de acción o que, incluso admitiendo una concepción publicística, aún no han llegado completamente a considerar el derecho de acción independientemente del derecho material».

¹⁸⁵ U. ROCCO, *Corso...*, cit., p. 286.

¹⁸⁶ U. ROCCO, *Corso...*, cit., pp. 287-288.

3.4. LAS OBSERVACIONES CRÍTICAS DE ANTONIO SEGNI EN TORNO A LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. Quien –con mucho– más arremetió contra nuestra categoría fue, como se ha adelantado, Antonio SEGNI en su monografía sobre *L'intervento adhesivo*, de 1919. Después de Edoardo GARBAGNATI, se trata del autor que más extensamente ha analizado la sustitución procesal, si bien llegando a conclusiones distintas. Pues para SEGNI, sencillamente, «el fenómeno jurídico (ejercicio de derechos ajenos) no existe»¹⁸⁷. Y para demostrarlo empieza este autor criticando a HELLWIG el haber postulado como posible el ejercicio en propio nombre de facultades comprendidas en un derecho ajeno, incluida, si se quiere, la facultad de hacer valer tal derecho en juicio; para pasar a continuación a hacer un examen analítico de la figura del usufructo dirigido a constatar si el Derecho italiano admite una figura similar a la concepción germana (basada en un derecho de administración sobre el patrimonio ajeno) y si, en su caso, los casos pueden reconducirse *ad unum* o bien explicarse con otros principios del Derecho procesal. Dado el valor de las observaciones de SEGNI, merece el esfuerzo conocer algunas de las conclusiones de su estudio, que finaliza poniendo en relación la sustitución procesal con la figura de la intervención adhesiva en el proceso civil y con la representación.

3.4.1. Hipótesis ajenas a la figura de la sustitución procesal

§. De acuerdo con el método empleado, lo primero que hace SEGNI es descartar algunos supuestos de Derecho privado como hipótesis propias de la sustitución procesal. Así, según el autor italiano, no tienen nada que ver con la sustitución procesal¹⁸⁸:

- a) La figura del *prestanome* o testaferro, porque éste es el único sujeto que el Derecho toma en consideración, sin que importe que carezca de interés económico en el asunto; luego, actúa en su propio nombre y derecho.
- b) El contrato a favor de tercero, porque, pese a haber sido asimilado por KOHLER a una especie de sustitución *in favorem tertii*, el cumplimiento lo exige el estipulante en nombre propio, en su condición de contratante.
- c) La *negotiorum gestio*, porque ésta o bien da lugar a un supuesto de representación directa (si el gestor actúa en nombre del *dominus* y éste ratifica la gestión), o bien el gestor actúa en nombre propio frente a terceros y, en consecuencia, el *dominus* no queda vinculado más que frente al gestor dentro de un plano o esfera interna de la relación de gestión; de ahí que, en este último supuesto, frente al tercero actúa el gestor en su propio nombre y derecho. Y
- d) El ejecutor testamentario, porque conforme al Derecho italiano sólo en ciertos casos puede tener derecho a intervenir en procesos relativos a la herencia, lo que, desde el punto de vista de las partes del proceso, no le legitima en todo caso.

¹⁸⁷ A. SEGNI, *L'intervento...*, cit., p. 135.

¹⁸⁸ Vid. A. SEGNI, *L'intervento...*, cit., pp. 135-136.

§. Tras descartar los casos anteriores, SEGNI fija su atención en los supuestos que más pueden asimilarse al germen de los estudios sobre la sustitución procesal y a su construcción germánica como poder de administrar un patrimonio ajeno (HELLWIG). Se trata de un segundo grupo de supuestos que pueden reconducirse al concepto de «derecho de administrar un patrimonio ajeno», pero que tampoco encuentran su mejor explicación a través de la noción de sustitución procesal y, por ello, decide excluirlos. Así:

a) No guarda relación con la sustitución procesal la administración de los bienes del ausente, porque, según el Derecho italiano, confiere la posesión y el goce de los bienes administrados y, por ello, según la opinión dominante, el derecho de actuar procesalmente en nombre propio. No obstante, para SEGNI estamos en presencia de una titularidad (propiedad) interina que confiere igualmente la facultad de actuar por sí y para sí¹⁸⁹.

b) El usufructo sobre una universalidad tampoco es del caso traerlo¹⁹⁰, porque, según el autor, las disposiciones legales relativas a las facultades del usufructuario para sustituir las distintas partes que componen la universalidad, así como sus derechos de goce y su obligación de conservación, más que suponer una ampliación de los poderes del usufructuario, están establecidas en interés del nudo propietario.

c) El régimen de usufructo y administración de los bienes dotales no constituye tampoco el ejercicio de un derecho ajeno¹⁹¹, porque las acciones dotales corresponden *de iure* al marido y las hace valer como derecho propio y nunca como un derecho de la mujer. En cambio, sí se vislumbra una legitimación extraordinaria en la legitimación exclusiva del marido para disponer a título oneroso de los bienes comunes, sobre los cuales tiene, además, la administración y el goce. Se trata, en palabras del maestro italiano, de una «legitimación excepcional en cuanto no se trata de bienes de propiedad del marido»¹⁹².

3.4.2. La figura del usufructo como posible hipótesis de ejercicio de un derecho ajeno

§. Así las cosas, llega SEGNI al estudio de la figura del usufructo, donde vierte unas muy interesantes consideraciones, aunque no todas sean compartibles. El punto de partida del autor italiano son las modalidades de usufructo: 1º) de cosa no consumible¹⁹³, 2º) de créditos¹⁹⁴, y 3º) de un patrimonio¹⁹⁵; para las cuales,

¹⁸⁹ En este punto la cuestión no es absoluto pacífica. SEGNI (*L'intervento...*, cit., p. 137, nota 2) refiere que la doctrina común ve, en cambio, en el administrador del ausente un representante legal. En España la defensa provisional de los bienes de un desaparecido se encomienda a un defensor (art. 181 CC), que lo representará. Y si se encuentra ya en situación de ausencia legal, tal representante se le nombra en todo caso (cfr. L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 10ª ed., Madrid, 2001 p. 291). *Ergo*, este supuesto puede descartarse en cualquiera de los dos casos, porque estamos en presencia de representación legal (cfr. arts. 184-185 CC).

¹⁹⁰ A. SEGNI, *L'intervento...*, cit., pp. 139-140.

¹⁹¹ *L'intervento...*, cit., pp. 140-142.

¹⁹² *L'intervento...*, cit., p. 142.

¹⁹³ *L'intervento...*, cit., pp. 142-146.

¹⁹⁴ *L'intervento...*, cit., pp. 146-147.

¹⁹⁵ *L'intervento...*, cit., pp. 147-148.

pese a tratarse de modalidades distintas (con, a mi juicio, distintas repercusiones en el ámbito procesal), extrae unas mismas conclusiones, a saber:

1ª) que «el usufructuario está legitimado para ejercitar las acciones que normalmente corresponden al propietario»;

2ª) que el contenido del derecho del usufructo es idéntico al contenido del derecho de propiedad, si bien «limitado en el tiempo»;

3ª) que esos dos derechos coexisten sobre la misma cosa objeto del derecho de propiedad y de usufructo, de ahí que tanto usufructuario como nudo propietario estén legitimados activa y pasivamente, según los casos, en procesos relativos a la cosa; y

4ª) que usufructuario y nudo propietario son en cierto modo «titulares sucesivos del mismo derecho», de modo que las tutelas de cada uno protegen la utilidad que la misma cosa puede presentar para el propietario en distintos momentos¹⁹⁶.

Pero lo importante de SEGNI no son tanto sus conclusiones (en particular, su modo de explicar este *ius in re aliena* como una titularidad sucesiva), cuanto sus consideraciones sobre el usufructo de créditos, que es, sin duda, el supuesto que más se aproxima al concepto de *ejercicio de un derecho ajeno*.

§. En este sentido, es bien sabido que los derechos de crédito son los supuestos en los que más evidente y clara aparece la cuestión de la legitimación de las partes, porque ésta «corresponde normalmente a los titulares de esta relación [obligatoria], que son también los sujetos que pueden disponer del derecho mismo»¹⁹⁷. Pues bien, en el usufructo de créditos se da la curiosa circunstancia de que, según mantiene la doctrina dominante, el usufructuario, pese a no ser titular del crédito, está legitimado para reclamar la prestación, porque una de las facultades que constituye el objeto de su derecho de usufructo es el *ius exigendi*, el derecho de exigir la prestación del deudor. Y aquí es donde SEGNI se ve en la alternativa de elegir entre explicar este supuesto como sustitución procesal, al modo que ya lo hiciera STEGEMANN, o bien, siguiendo a REDENTI, explicarlo bajo un concepto distinto, como el de la «titularidad *pro tempore* sucesiva o contemporánea del crédito mismo»¹⁹⁸. Con independencia de la opción de SEGNI (que se decanta por esta segunda), fácilmente se comprenderá que aquí radica el interés de sus observaciones analíticas: en llamar la atención sobre un supuesto caracterizado por que la doctrina civilista –no la procesalista– es capaz de construir un *ius exigendi* sobre la cosa ajena que también puede ser de interés para resolver casos análogos; por ejemplo, la prenda de créditos, para la cual el *Codice civile* italiano también otorga al titular del derecho limitado de prenda un *ius exigendi* (artículo 2803), o el contrato de *factoring*, donde la atribución *de lege ferenda* de un hipotético *ius exigendi* tropieza con la dificultad de los problemas dogmáticos que existen en torno a su naturaleza jurídica (¿mandato de cobro? ¿cesión en garantía? ¿cesión

¹⁹⁶ L'intervento..., cit., pp. 148-149

¹⁹⁷ L'intervento..., cit., p. 146.

¹⁹⁸ L'intervento..., *ibidem*. Cfr. E. REDENTI, *Il giudizio con pluralità...*, cit., pp. 230-233.

de créditos?). En cualquier caso, importa señalar que en los derechos de crédito una no muy complicada construcción de la categoría de sustitución procesal podría pasar por detectar –y agruparlos– todos estos *iura exigendi* a favor de terceros ajenos a la relación obligatoria, aunque entonces seguramente la categoría perdería su característica excepcionalidad.

3.4.3. La determinación de la legitimación en atención a la tutela pretendida

§. En el caso del usufructuario –mantiene SEGNI– encontramos un proceso sobre una relación jurídica de Derecho material del que las partes no son sujetos¹⁹⁹. El siguiente paso es determinar si este fenómeno es trasladable al Derecho italiano; si se adapta bien a las normas sobre legitimación y cuáles son los efectos de la resolución sobre los sujetos de la relación que no han sido llevados al proceso, esto es, si existe un problema de límites subjetivos de la cosa juzgada.

§. Centrado en el primer problema, lo primero que hace SEGNI es dudar de que la legitimación, como postulara inicialmente CHIOVENDA, se resuelva unívocamente, predicándola siempre de los titulares de la relación jurídica deducida en el proceso. La crítica se dirige a poner de manifiesto que mientras que ello es así en las acciones de condena y en las acciones constitutivas, en las acciones declarativas se determina mediante el concepto procesal de *interés*. Y en segundo término, achaca también a la fórmula de la legitimación de CHIOVENDA el no distinguir la cuestión de la *existencia* del derecho de la relativa a la *pertenencia* del derecho o acción. En otras palabras, puesto que una relación jurídica nunca accede al proceso en su objetividad abstracta, sino en su existencia concreta, la cuestión de la legitimación se confunde con la de la existencia del derecho. Y además añade que no se puede distinguir «entre titulares de la acción y personas que en virtud de una relación de sustitución procesal pueden hacer valer estas acciones, porque si el sustituto procesal obtiene una sentencia en nombre propio, este poder de acción no es concedido más que a él, y no al sujeto de la relación material»²⁰⁰.

No mejor parado que CHIOVENDA queda HELLWIG en el pensamiento de SEGNI. Para HELLWIG la cuestión consistente en determinar quién debe ser demandante y quién demandado en un proceso para obtener una determinada resolución judicial se resuelve según la pertenencia, no del derecho de acción, sino de la facultad de conducir el proceso sobre una relación ajena²⁰¹. A este planteamiento opone SEGNI las siguientes objeciones. En primer lugar, su

¹⁹⁹ Es verdad que no son sujetos, pero la crítica que puede hacerse a SEGNI, al menos en relación con el usufructo de derechos, es que el derecho del usufructuario no es eficaz frente al tercero sino en cuanto ha sido comunicada a éste la existencia del usufructo (cfr. art. 2800 *Codice civile* italiano). Por decirlo de otro modo, esta comunicación *trilateraliza* la relación de usufructo, de modo que, a partir de este momento, no puede decirse que el acreedor pignoraticio sea por completo ajeno al derecho que es objeto del usufructo y que, llegado el caso, ejercitará frente al tercero obligado.

²⁰⁰ *L'intervento...*, p. 151.

²⁰¹ K. HELLWIG, *System...*, cit., p. 161, citado por A. SEGNI, *L'intervento*, cit., pp. 151-152.

invalidez para determinar la legitimación pasiva. Para el alemán, la legitimación pasiva se explica como una carga, la carga del demandado de conducir el proceso. En cambio, para el italiano, la legitimación, tanto activa como pasiva, es un concepto que debe definirse en relación a las dos partes del proceso al mismo tiempo. Y en segundo lugar, tampoco es exacto definir el derecho a conducir un proceso como la facultad de influir sobre relaciones materiales mediante el proceso. De un lado, porque como regla es inexacto, según SEGNI; y de otro lado, porque entonces se está explicando la legitimación con criterios que no responden a su esencia, como la extensión de la cosa juzgada.

§. En definitiva, para este autor la determinación de quién debe ser parte no viene dada siempre por la posición de los sujetos en la relación jurídico-material deducida en el proceso, sino en función de la naturaleza de la resolución jurisdiccional que se quiere obtener; de su contenido y de sus efectos. En consecuencia, están legitimados «los sujetos respecto a los cuales la resolución debe manifestar sus efectos para que la misma alcance su fin»²⁰². Así, en las *acciones de condena* están legitimados el acreedor y el obligado. En las *acciones constitutivas*, los sujetos que indica la ley caso por caso. Y en las *acciones merodeclarativas*, «aquellas personas frente a las cuales la declaración puede tener valor para la actuación de la relación jurídica declarada»²⁰³.

Además, a propósito de la legitimación, SEGNI coincide con REDENTI en señalar que en las relaciones con pluralidad de sujetos puede resultar problemática la cuestión de determinar quién está legitimado. Se trata en estos casos de establecer si la tutela pretendida puede obtenerse por uno solo de los sujetos o frente a uno solo de los sujetos. Pero, a diferencia de REDENTI, se muestra contrario a relacionar estos supuestos con la sustitución procesal. En estos casos, dice, «la parte legitimada no actúa como quien ejercita la facultad de otro»; su llamada en la causa se impone al objeto de que los efectos del proceso le afecten en atención a la posición que ocupa en la relación material.

Luego, haciendo una labor de inducción, concluye que:

«la titularidad del derecho de acción no puede determinarse más que haciendo abstracción de la posición de las partes en la relación sustancial y haciendo referencia a la naturaleza y finalidad de la resolución jurisdiccional. *Examinando desde este punto de vista los varios casos de sustitución procesal, podemos admitir que existen personas legitimadas sobre una relación jurídica ajena, en cuanto es necesario que vengan afectadas por la cosa juzgada a fin de que la resolución jurisdiccional despliegue sus efectos, y con ello se elimina de esta figura el concepto de ejercicio de un derecho ajeno*»²⁰⁴.

²⁰² A. SEGNI, *L'intervento*, cit., p. 153.

²⁰³ *L'intervento*, ibidem.

²⁰⁴ A. SEGNI, *L'intervento*, cit., p. 154.

3.4.4. Los supuestos de sustitución procesal vistos por SEGNI

§. El concepto de legitimación de SEGNI resuelve de una vez los problemas de conceptualización de la sustitución procesal y sus problemas para integrarlos dentro de una categoría única. Dicho en otros términos, SEGNI construye una definición que quiere comprender en su seno tanto los casos de legitimación normal u ordinaria como los que presentan alguna desviación y, por ello, estaban quedando absorbidos en la categoría informe de la sustitución procesal. Pero una vez hecha esta labor, queda por ver cómo el maestro italiano explica los supuestos que desde CHIOVENDA venían siendo comprendidos bajo nuestra categoría.

Así, al esquema por él construido se sujetan, según afirma sin demasiadas explicaciones, la legitimación del usufructuario, la del marido, la del sucesor procesal y la del garante, pues en todas ellas se concede legitimación (de tipo extraordinario) y les alcanza la cosa juzgada. Sin embargo, reconoce que en el caso del capitán de la nave, en la acción subrogatoria y en las acciones populares supletorias la construcción es otra.

a) En el primer supuesto, esto es, en el caso del capitán de la nave que, según el Derecho italiano, puede ser demandado por hechos propios u ocurridos en el equipaje o por obligaciones contraídas durante la expedición, no hay lugar a la sustitución procesal, sino que el capitán responde como representante del propietario de la nave, sin importar si es demandante o es demandado. «Objeto de este juicio –dirá– son obligaciones asumidas por el capitán como representante, dentro de los límites de la representación»²⁰⁵.

b) El segundo supuesto, el de la acción subrogatoria, es más rico en matices. De entrada, se trata siempre, en principio, de sustitución procesal *activa*, pues sólo cabe sustituir al acreedor en el ejercicio de sus derechos o, dicho con otras palabras, sólo legitima para ser demandante en el proceso, no demandado. Ahora bien, renuente como es a admitir la figura del ejercicio de derechos ajenos, SEGNI prefiere buscar explicación a este supuesto fuera de la sustitución procesal. Y cree encontrarla en la legitimación extraordinaria, como si se tratara de un cambio de vista fundamental:

«Dado que está admitido por los sostenedores mismos del concepto que la figura de la sustitución procesal no debe aplicarse más que restrictivamente, surge la cuestión prejudicial de si antes de admitir la sustitución es posible la construcción, que sería preferible, de una acción sobre una relación entre terceros y frente a estos terceros concedida al titular en razón de una legitimación extraordinaria activa determinada por los efectos de hecho, reflejos, de la relación jurídica que se va a declarar sobre las relaciones del tercero»²⁰⁶.

Eso sí:

«La legitimación en todos estos casos está determinada por la relación material, en cuanto el acreedor y el deudor ostentan interés para estar en el

²⁰⁵ L'intervento, cit., p. 155.

²⁰⁶ L'intervento, cit., p. 156.

proceso frente al tercero (...); [se trata de] un interés a la sentencia [que se pronuncie] sobre la relación material, por sus efectos jurídicos y económicos, que legitima a acreedor y deudor»²⁰⁷.

Luego, si bien se mira, SEGNI está más cerca de la *legittimazione straordinaria* de REDENTI que de la *sostituzione processuale* de CHIOVENDA, pero el cambio no es sustancial, salvo que se traslada de la capacidad procesal a la legitimación; la preocupación de SEGNI es la de poner de manifiesto que, en atención a la naturaleza de la resolución jurisdiccional sobre la relación controvertida, tiene lugar un litisconsorcio pasivo necesario entre deudor y *debitor debitoris*²⁰⁸.

c) Y por último, el tercer supuesto es el de las acciones populares supletorias italianas, ya derogadas. Frente a la postura de quien mantiene que se trata de un supuesto de sustitución procesal (CHIOVENDA) o más bien de una acción directa (REDENTI), SEGNI se decanta por explicarlo como supuestos en los que los particulares asumen funciones públicas, convirtiéndose en órganos del ente público en cuyo nombre actuarían²⁰⁹. Es decir, dan lugar a una representación orgánica, nunca al ejercicio en nombre propio de acciones ajenas.

3.4.5. La sustitución procesal y la intervención procesal. Crítica a la sustitución procesal «accesoria»

§. Según SEGNI la construcción de la sustitución procesal (o, lo que es lo mismo, la de la legitimación extraordinaria, que la absorbe) debe tener en cuenta sus conclusiones sobre el concepto de legitimación y su determinación en función de los efectos de la futura e hipotética resolución de fondo. Pues bien, basándose en esta premisa se muestra bastante crítico con los autores alemanes –con WALSMANN y con HELLWIG- que conciben la intervención como una forma de ejercicio de derechos ajenos, como una forma de sustitución procesal *accesoria* en la que el derecho ajeno que ejercita el sustituto es el derecho de conducir el proceso que corresponde a la parte, si bien con mayores o menores poderes procesales en función de que se trate de intervención litisconsorcial o de intervención adhesiva²¹⁰.

Para SEGNI, aunque entre sustitución procesal e intervención pueden existir analogías exteriores, ambas obedecen a distinta razón de ser. De nuevo aquí el pensamiento del italiano gira en torno a la idea de combatir que se pueda construir un derecho propio sobre un derecho ajeno sin llegar a la conclusión de que, en realidad, se trata de un derecho propio sobre una relación ajena. Metido a la labor de desmontar la construcción germana de la sustitución procesal *accesoria*, para SEGNI la circunstancia de que la doctrina mayoritaria niegue

²⁰⁷ L'intervento, cit., p. 158.

²⁰⁸ Esto, como se ha visto, había sido ya mantenido por REDENTI (*vid. supra*, epígrafe 3.2. Enrico Redenti y su legitimación extraordinaria, pp. 87 y ss.), luego defendido por COSTA, *L'intervento coatto*, Padua, 1935, p. 52.

²⁰⁹ *Vid.* A. SEGNI, *L'intervento*, cit., pp. 158-159.

²¹⁰ *Vid.* A. SEGNI, *L'intervento*, cit., pp. 160-161.

que en la intervención procesal la cosa juzgada afecte al interviniente es razón suficiente –aunque aduce también otras que no son del caso exponer– para distinguir la figura de la intervención de la figura de la sustitución procesal o de la legitimación extraordinaria:

«El interviniente no es, en realidad, una forma de sustitución procesal accesoria que se distinga del sustituto procesal sólo por una menor suma de facultades, sino un instituto completamente diverso, porque permaneciendo idéntico el mecanismo exterior, la razón de esta sustitución procesal no está determinada por el principio de legitimación, ni según este principio están regulados los efectos (...) El concepto de legitimación determina precisamente las personas que deben participar en la *litis* en vista de los efectos de la cosa juzgada, y este fenómeno presenta la sustitución procesal; no así la intervención para la cual más precisamente se niega el formarse la cosa juzgada frente al interviniente»²¹¹.

En resumen, teniendo en cuenta que todavía nos encontramos en los albores del procesalismo científico las observaciones de SEGNI en este punto tienen el valor de poner de manifiesto que el derecho del tercero para intervenir en el proceso pendiente entre otros es un derecho propio, perteneciente sólo al tercero, siendo contrario a la realidad de las cosas construirlo como el derecho que corresponde a la parte de conducir el proceso, pero ejercitado por un tercero.

3.4.6. El valor negativo de la sustitución procesal en la doctrina de la intervención y de la representación

§. Si para GALANTE la sustitución procesal presentaba el valor negativo consistente en haber servido para descartar de la representación hipótesis que no son tales, SEGNI retoma este pensamiento aplicándolo a la figura por él estudiada de la intervención, que hasta ese momento venía siendo explicada por la doctrina dominante recurriendo a la representación.

«La figura del representante –afirma SEGNI– ha sido utilizada para explicar la intervención partiendo de un punto de vista errado: que no se pudiera utilizar el concepto de parte porque no está en cuestión una relación del interviniente»²¹².

Frente a la concepción que ve en la intervención procesal una forma de representación, la doctrina de la sustitución procesal «ha servido para demostrar que se puede actuar sobre una relación jurídica ajena sin ser representantes»²¹³. Y la prueba de ello es la figura de la intervención. En la sustitución procesal la actuación del sustituto en nombre propio significa pedir la resolución jurisdiccional por sí mismo: una resolución, en este caso, sobre una relación jurídica ajena, pero no una resolución para otros, que es lo que implica la representación. Así, tratando de encontrar sus aplicaciones concretas, SEGNI advierte que es contrario a la figura de la representación el hecho de que el interviniente «pueda ser condenado en costas, que él actúe en una

²¹¹ L'intervento, cit., p. 161.

²¹² L'intervento, cit., p. 166.

²¹³ L'intervento, ibidem.

relación procesal propia, que pueda hacer valer excepciones y medios de defensa suyos personales»²¹⁴.

En cuanto a la distinción entre intervención simple e intervención litisconsorcial, sobre la que se extiende SEGNI, dice que su explicación por STEGEMANN partiendo de la sustitución procesal lleva a una profunda diversidad. Para STEGEMANN, en la intervención adhesiva simple el tercero ejercita el derecho de conducir el proceso que corresponde a la parte, mientras que en la intervención litisconsorcial el tercero es titular de un propio derecho a conducir el proceso de la parte ²¹⁵. Pues bien, frente a esta construcción reacciona SEGNI afirmando que de la sustitución procesal no se pueden deducir principios que, aunque exactos, no son consecuencia de la figura:

«Así, es inexacto afirmar como resultado del concepto de sustitución que también en la intervención litisconsorcial entre parte adyuvada y tercero deban manifestarse como consecuencia de la intervención los efectos reflejos de la sentencia entre las partes. Estos efectos se manifiestan, pero por el nexo jurídico enter las relaciones de derecho material de la parte con el interviniente (...) La sentencia produce siempre efectos reflejos, tenga lugar o no la intervención».

3.5. LA FALTA DE RAZÓN DE SER DE LA CATEGORÍA DE SUSTITUCIÓN PROCESAL SEGÚN SALVATORE SATTA

§. Siguiendo las huellas de Antonio SEGNI, Salvatore SATTA también cuestionó pronto la caracterización chiovendiana de la sustitución procesal como una categoría anormal de legitimación en la que el sujeto ejercita en nombre propio un derecho ajeno; caracterización –hay que destacarlo– que a principios de la década de los cuarenta cristalizó en el *Codice di procedura civile* italiano (en adelante, *cpc*), donde, precisamente bajo la rúbrica *sustitución procesal*, es recogido en su artículo 81 en los siguientes términos:

«Artículo 81. *Sustitución procesal*. Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio un derecho ajeno»²¹⁶.

§. Pues bien, de este artículo nos dice SATTA en su manual²¹⁷ que su valor es recoger la legitimación, si bien redactada *a sensu contrario*. En otros términos, que el llamado *sustituto* no hace valer ningún derecho ajeno, sino propio «como cualquier otro legitimado», y que en realidad no sustituye a nadie en el ejercicio de los derechos, por más que el suyo venga moldeado sobre la horma del derecho de otro sujeto. Lo que distingue –mantiene el autor– la sustitución

²¹⁴ L'intervento, ibidem.

²¹⁵ Vid. A. SEGNI, L'intervento..., cit., p. 160.

²¹⁶ Sobre los antecedentes prelegislativos de este art. 81 c.p.c., vid. V. ANDRIOLI, "Articolo 81^a, en *Commento al Codice di procedura civile*, vol. I (*Disposizioni generali del processo di cognizione*), Nápoles, 1941, pp. 198-199; ZANZUCCHI, "La «sostituzione processuale» nel nuovo codice di procedura civile, en *Monitore dei Tribunali*, núm. 1, pp. 3-4; y E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 21, nota 92.

²¹⁷ Vid. S. SATTA, *Diritto processuale civile* (al cuidado de C. PUNZI), 10^a ed., Padua, 1996, pp. 128-131.

procesal de la hipótesis general de la legitimación radica en que el derecho propio que corresponde al sustituto es conexo con una relación jurídica de la que el agente no es sujeto, «pero esto no comporta evidentemente que él sea *sustituto*, y mucho menos procesal, del titular del derecho». Por eso, «el término sustitución procesal resulta verdaderamente carente de sentido»²¹⁸.

La peculiaridad de los fenómenos de sustitución procesal, según SATTA, proviene del fundamento de la legitimación del sustituto. Lo que está en la base de tal legitimación es una interferencia entre relaciones jurídicas, porque así como hay relaciones que se agotan en la esfera de quienes son sus autores, hay otras que exceden de estos límites e interesan a otra u otras relaciones jurídicas de una de las partes con un tercero. Si entre estas relaciones —explica SATTA— surge alguna incompatibilidad, puede llegar a producirse una lesión del derecho del tercero frente a la cual éste debe poder reaccionar interfiriéndose en aquella otra relación que, en principio, le es ajena. Así sucede, por ejemplo, con el padre que solicita la nulidad del matrimonio contraído por un hijo *contra legem*. Aquí no puede decirse que se ejercite un derecho ajeno y tampoco que el padre sea, como quiere la doctrina dominante, sustituto del hijo. Pues bien, este razonamiento no cambia —dice SATTA— si, fuera de las acciones constitutivas de estado, lo trasladamos al ámbito de las relaciones privadas patrimoniales que es donde se ha creído detectar el fenómeno de la sustitución procesal.

§. Este pensamiento se confirma de nuevo al ver los supuestos de sustitución procesal. Así, de un lado, en la acción subrogatoria el acreedor que actúa hace valer un derecho propio y originario sobre la relación entre su deudor y el *debitor debitoris*, si bien modelado sobre el que corresponde al propio deudor. Y de otro lado, en los supuestos de sucesión procesal por asunción de la causa por el garante (artículo 108 c.p.c.) y de continuación del proceso por el enajenante o el heredero en lugar del sucesor a título particular según las previsiones del artículo 111 c.p.c.: «se trata de expedientes procesales que con la sustitución *ex* artículo 81 c.p.c. no tienen nada que ver, y [que] se justifican con otras razones teóricas y prácticas»²¹⁹.

§. En definitiva, el artículo 81 c.p.c. «no crea una figura especial de sujeto procesal ni sanciona una forma de legitimación anómala, sino que simplemente afirma que no se puede hacer valer un *derecho* relativo a una relación ajena si la ley no reconoce expresamente tal derecho: lo que es —concluye el autor— de una evidencia tautológica»²²⁰.

²¹⁸ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 129. Cfr. la postura crítica de P. D'ONOFRIO, *Commento...*, cit., p. 133.

²¹⁹ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 130.

²²⁰ *Diritto processuale civile*, *ibidem*. En su *Commentario al Codice di procedura civile* (Libro I, *Disposizioni generali*, Milán, 1959, p. 272) todavía dirá más, a saber: que «la disposición [del art. 81 c.p.c.] no sólo es superflua, sino también dañosa, como han demostrado recientes sentencias». Hay que aclarar, en relación con las sentencias a las que se refiere el autor italiano, que se trataba de resoluciones que —a mi juicio correctamente, pero no, desde luego, con base en la categoría de la sustitución procesal— han negado que el asegurado que es indemnizado por la compañía de seguros pueda dirigirse contra el responsable del daño; como

«Si por lo demás –dirá en su *Commentario al Codice di procedura civile*– se quiere hablar en estos casos de sustitución, adóptese este término, que no tiene ninguna importancia, pero siempre que se tenga bien presente que la sustitución es uno de los aspectos de la tutela del derecho del pretendido sustituto, no ya, como podría parecer por el adjetivo, un fenómeno procesal, esto es, regulado por la ley procesal y por ésta determinado. La verdad es que en el fondo de esta pretendida categoría está la ingenua idea de que derecho es solamente el del sustituido, es decir, el derecho que nace de la relación deducida en juicio y de la que es titular el sustituido, así que a él y sólo a él corresponde la acción para la tutela de tal derecho»²²¹.

§. Por otro lado, en cuanto a la distinción entre representación y sustitución procesal debida a CHIOVENDA, SATTA asumiría las enseñanzas de Francesco CARNELUTTI, en el sentido de considerar la representación también como una forma de legitimación. Desde este nuevo punto de vista, si tenemos en cuenta, de un lado, que el sustituto, para SATTA, no es más que un sujeto legitimado lo mismo que los ordinarios (de los que sólo se diferencia porque su legitimación se refiere a una relación ajena), y de otro lado, que también el representante es parte sólo que en su condición de representante, porque actúa, no en nombre propio como el sustituto, sino en nombre ajeno (en nombre del representado), entonces, según SATTA, la distinción entre una y otra figura carece de relevancia. Y aquí, como fácilmente se observará, es donde radica lo discutible de sus observaciones; en concreto, de sus afirmaciones sobre que es la persona del representante el sujeto al que afectan los efectos del proceso (lo mismo que en el caso del sustituto). En cualquier caso, lo que importa aquí y ahora poner de manifiesto es que sobre tales premisas concluye el autor que nada autoriza a mantener la figura de la sustitución procesal sólo por establecer una distinción entre la pretendida sustitución procesal y la representación²²².

§. Finalmente, concluye SATTA con dos precisiones, acerca, la una, del posible reembolso de los gastos del proceso y la otra, sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada. En el primer sentido, afirma que el solo hecho de una pretendida sustitución procesal no justifica siempre y en todo caso que el sustituto pueda tener derecho a repercutir sobre el sustituido las costas del proceso; este eventual derecho –nos viene a decir, aunque sin ejemplificar sus palabras– nacerá o no en función de la relación jurídica existente entre sustituto y sustituido, es decir, *ad casum*. En el segundo sentido, esto es, sobre las personas a las que afecta la cosa juzgada, las afirmaciones de SATTA tienen un valor más relativo, dada la ambigüedad con la que se expresa. Así, lo primero que afirma es que los sujetos –se entiende que todos: sustituto, sustituido y tercero– deben estar presentes en el proceso instado por el sustituto cuando éste actúa sobre la relación ajena en defensa de su propio derecho. Sin embargo, matiza la anterior afirmación diciendo que no hay que excluir que la cosa juzgada no se forme siempre entre los sujetos de la relación jurídica ajena y sobre ésta misma, que permanecería entonces imprejuzgada. Este último hecho

fácilmente se observa, en estos casos estamos no ante una falta de legitimación propiamente dicha.

²²¹ S. SATTA, *Commentario...*, cit. p. 274.

²²² Vid. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 130-131.

—dice para concluir— vendría a confirmar, una vez más, «la inconsistencia de la pretendida sustitución»²²³.

4. La *sostituzione processuale* y los intentos por elaborar una teoría general de la legitimación. La labor de Francesco CARNELUTTI y de Emilio BETTI

§. Como es reconocido por prácticamente todos los autores que han tratado el tema, el mérito de haber elaborado por primera vez -o, al menos de haberlo intentado— una teoría general de la legitimación aplicable a todas las disciplinas jurídicas corresponde a Francesco CARNELUTTI²²⁴. En esta labor le siguieron pronto otros autores italianos, entre los que destacan FALZEA²²⁵, INVREA²²⁶ y Emilio BETTI. Pero encuadrar una noción tan problemática como la legitimación en una teoría general, aplicable, por tanto, en la misma medida en el campo del Derecho privado y en del público, encuadrar la legitimación en la teoría general del Derecho, rememora las palabras de Pietro RESCIGNO, en el sentido de que «la variedad de significados de la noción de legitimación dificulta y hace dudar de la conveniencia de cualquier intento de sistematización»²²⁷. En la actualidad, semejantes empeños se encuentran prácticamente abandonados, aunque entre algún autor civilista español puede encontrarse esfuerzos en este sentido²²⁸. Por esta razón, junto con el dato de tratarse de elaboraciones hechas por procesalistas, algún detenimiento merecen los estudios de CARNELUTTI y de BETTI acerca, no de la legitimación (porque ello excedería con mucho los límites de este trabajo), sino de la figura que nos ocupa y que no es otra que la sustitución procesal en el proceso civil²²⁹.

²²³ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 131. Cfr. *Comentario...*, cit, pp. 274-275, donde matiza que frente a la objeción que a veces se arguye de que la cosa juzgada no alcanza siempre la relación de la que es titular el sustituto, hay que oponer que cuando ésta resulta contradicha en el proceso el tribunal se pronuncia incidentalmente, es decir, con carácter prejudicial, sobre la misma, ya que en todo caso la misma ha sido deducida por el sustituto «como título para justificar la acción sobre la relación ajena».

²²⁴ Vid. especialmente su *Teoria generale del Diritto*, de la que existen varias traducciones y, entre ellas, la de F. J. Osset a la 3ª ed., Madrid, 1955, pp. 229-239, por la que se cita.

²²⁵ *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939; vid. especialmente pp. 184 y ss.

²²⁶ “Possibilità giuridica e legittimazione”, en *Revista di Diritto processuale civile*, 1939, pp. 322 y ss.

²²⁷ “Legittimazione. Diritto sostanziale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IX, 1963, p. 720. Igual de prudentes deben entenderse las palabras de Andrés DE LA OLIVA SANTOS (*Derecho procesal civil* —con M. Á. FERNÁNDEZ—, t. I, 4ª ed., Madrid, 1995, p. 496, nota 5), cuando pone de manifiesto que una teoría general de la legitimación debe hacerse «por deducción de los trabajos sobre la legitimación en los distintos procesos y recursos».

²²⁸ Así, la monografía de LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, de 1952.

²²⁹ La concepción generalista de la legitimación, si bien limitada al Derecho privado, se mueve de una muy sencilla consideración que resume magistralmente ALLORIO con las siguientes palabras: «La noción de legitimación es, en el fondo, común al derecho material y al proceso: existe una legitimación para disponer, como existe una legitimación para actuar. E idéntico es el criterio adoptado: cada uno es padrón en casa propia; de un determinado interés dispone eficazmente sólo quien es su titular. Pero existe esta diferencia: que, mientras, en el proceso, sobre la existencia de los presupuestos para la legitimación se ejerce un control superior, el

4.1. FRANCESCO CARNELUTTI Y LA NOCIÓN DE SUSTITUCIÓN PROCESAL

4.1.1. El concepto de parte en el pensamiento de CARNELUTTI

§. Conocer el pensamiento de este insigne procesalista sobre la sustitución procesal exige aproximarse primeramente al concepto de parte por él elaborado, que remite a su vez al problema ontológico de cuál es el fin del proceso²³⁰.

El proceso –viene a decir el maestro italiano– está para la resolución de conflictos intersubjetivos o de, como él los denomina, *litigios*, sin que ambos términos –*litigio* y *proceso*– se confundan. Partiendo de este dualismo entre litigio y proceso, también cabe dividir en dos el concepto de parte. Y, a tal fin, el maestro italiano retoma la distinción ya apuntada por WACH²³¹ entre parte *en sentido material* y parte *en sentido formal* para aplicarla a la representación y a la sustitución procesal. La parte *en sentido material* es para CARNELUTTI el sujeto del litigio, esto es, el sujeto del conflicto intersubjetivo privado²³², «aquel *respecto del cual se hace* el proceso y que, por tanto, sufre sus consecuencias»; la parte *en sentido formal* es el sujeto de la acción, es «quien *lo hace* [el proceso] o, por lo menos, quien *concorre a hacerlo*»²³³.

Normalmente, sujeto de la acción (o parte en sentido formal) y sujeto del litigio (o parte en sentido material) coinciden. Entonces nos hallamos ante una parte *simple*. Pero puede suceder que la parte sea *compleja*, cuando en el proceso actúa no el propio interesado, por sí mismo, sino mediante persona interpuesta, como sucede –en su opinión– en los casos de representación y en los supuestos de sustitución procesal. En estos casos, tanto, de un lado, representante y representado, como, de otro lado, sustituto y sustituido, forman conjuntamente –en la visión de CARNELUTTI– la parte: una parte llamada por esta razón *compleja*.

En sus *Instituciones del proceso civil*²³⁴ adopta, en cambio, la denominación de *parte directa* y *parte indirecta* para expresar la correspondencia o no de la parte en sentido formal con la parte en sentido material.

Pues bien, que en la sustitución procesal estemos en presencia de una parte compleja o indirecta lo justifica el maestro italiano aduciendo que «la pretensión, en vez de ser deducida por el propio interesado, lo es por el titular de un interés dependiente del interés en litigio (sustituto)»²³⁵.

control del juez (...); en el contrato, en cambio, se deja a las mismas partes, que deben ser quienes piensen en permanecer en su propio campo y en no invadir la esfera jurídica de los terceros» (E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, op. cit., p. 52).

²³⁰ La obra que se ha elegido para este fin es su *Sistema de Derecho procesal civil*, t. II (*Composición del proceso*), en su edición traducida y anotada por Alcalá Zamora y Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944.

²³¹ Sobre el cual, vid. *supra*, núm. 7.

²³² Vid. F. CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., p. 7.

²³³ *Sistema...*, cit., p. 58.

²³⁴ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, trad. Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1997, p. 175.

²³⁵ *Sistema...*, cit., p. 6.

4.1.2. La legitimación y sus clases según CARNELUTTI

§. La anterior distinción entre partes simples o directas y partes complejas o indirectas tiene también sus repercusiones en materia de legitimación de las partes; legitimación que CARNELUTTI define como «la idoneidad del sujeto inferida de su posición respecto del litigio»²³⁶.

Si la legitimación se infiere de la posición del sujeto respecto del litigio o conflicto, podemos distinguir, con CARNELUTTI, dos tipos de legitimación, según que coincida en una misma persona o no quien es parte en sentido material y quien lo es en sentido formal. Cuando existe dicha coincidencia, estamos ante la regla general de que quien actúa en juicio es el sujeto del interés en litigio. La no coincidencia, por tanto, constituye una excepción a dicho principio. Pero, ¿cuándo se produce esta divergencia? Según afirma CARNELUTTI, se produce bien porque «*la acción del interesado no es oportuna*», como en los casos de incapacidad de la parte (lo que da lugar a considerar la representación como una forma extraordinaria de legitimación), bien porque «*la acción de otro es oportuna en lugar o en apoyo de la acción del primero*», lo que ocurre –siempre según CARNELUTTI– en «las figuras de la sustitución procesal, del Ministerio Público y de la intervención adhesiva»²³⁷.

Esta concepción la reflejó el maestro milánés en el artículo 4 del proyecto –comúnmente llamado *Progetto Carnelutti*– para un nuevo *Codice di procedura civile* que redactó en el año 1926: «toda persona puede obrar o contradecir en el proceso civil para hacer valer su interés en litigio, salvo aquellos casos en que la ley disponga que en su lugar deba o pueda obrar o contradecir una persona distinta, o que ella obre o contradiga conjuntamente con una persona diversa»²³⁸.

4.1.3. La caracterización de la sustitución procesal en CARNELUTTI

§. Así las cosas, en primer término, la sustitución procesal se nos presenta, en el pensamiento de CARNELUTTI, como supuestos excepcionales de legitimación en los que actúa una parte *compleja*, formada, de un lado, por el sustituto, que es la parte en sentido *formal* (o sujeto del proceso) y, de otro lado, por el sustituido, que es la parte en sentido *material* o *sustancial* (o sujeto del *litigio*). Estos supuestos se distinguen de la representación legal (que también es vista por CARNELUTTI como una clase de legitimación) en que aquí –a diferencia de la representación legal– no se priva al sujeto del interés litigioso del poder de actuar en juicio; simplemente ocurre que la divergencia entre quien es el sujeto del proceso y quien es el titular del interés en litigio es más acusada. La razón de tal divergencia está en que el ordenamiento jurídico, en atención a un interés de una persona, otorga a ésta el poder de «afirmar y

²³⁶ Sistema..., cit., p. 25.

²³⁷ Sistema..., cit., p. 30.

²³⁸ La transcripción está tomada de LORETO, “Contribución al estudio de la excepción de la inadmisibilidad por falta de cualidad”, en *Ensayos jurídicos*, Caracas, 1970, pp. 19-20 [disponible v.e. en <http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-03.pdf>].

hacer valer en juicio del derecho de otra»²³⁹, invistiéndole entonces de legitimación para poder ser sujeto de la acción. Como puede fácilmente observarse, esta caracterización general es mucho más clara que la definición que nos brinda de la sustitución procesal en sus *Instituciones*:

«Hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ésta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio»²⁴⁰.

§. En segundo término, hay que destacar que, pese al diferente enfoque que da CARNELUTTI a la representación, considerándola una clase de legitimación de una parte compleja o indirecta, si bien se mira, las diferencias con la sustitución procesal se mantienen en lo fundamental²⁴¹:

«Su diferencia –dirá en el *Sistema*– de la representación es evidente: el representante actúa *en interés del representado*, ya que es este interés, y no el suyo personal, el que le impulsa a actuar; por ello se dice que actúa *nomine alieno*, mientras que el sustituto actúa *en interés propio*, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido»²⁴².

De ello se siguen ulteriores diferencias, ya que mientras que en la representación el representante que es vencido en el proceso no soporta las costas («sino en casos excepcionales»), «el sustituto que actúa por su propia cuenta sufre todos los riesgos de la acción»; por ello, padece en su propio patrimonio la condena en costas.

§. En tercer término, también se preocupa el maestro italiano en distinguir sustitución e intervención procesal. De ellas nos dice en sus *Lezioni* que se trata de dos institutos afines y diversos a un tiempo²⁴³. Afines, porque tanto el uno como el otro se fundan sobre el interés de un tercero ajeno a la relación jurídica debatida; y diversos, porque la sustitución procesal hace del tercero interesado «un sujeto principal de la acción», mientras que en la intervención la actuación del tercero tiene carácter secundario, es decir, sólo puede accionar en el proceso «junto a la parte». De ello se sigue que «la esfera de la intervención adhesiva se irradia más allá de la esfera de la sustitución»; es un instituto

²³⁹ F. CARNELUTTI, *Sistema...*, cit., p. 43.

²⁴⁰ *Instituciones*, cit., p. 176.

²⁴¹ Ello es así al menos en su *Sistema*, que es la obra a la que se refiere el texto principal. En sus *Lezioni* (op. cit., pp. 240-241) empezó manteniendo más bien lo contrario; esto es: que la «atribución del derecho de acción a persona distinta del interesado en los casos ahora expuestos [de sustitución procesal, se entiende] constituye un fenómeno estrictamente análogo a aquel (...) de la representación». Hay que hacer notar que, en esta primera época, CARNELUTTI sólo distinguiría la figura de la sustitución de la representación, porque mientras que en esta última la posición de la parte deriva de una relación de representación, en la sustitución deriva «de una relación diversa y variada, no definible bajo un esquema fijo, que comprende desde la condición de acreedor hasta la de miembro del grupo al que pertenece el interés». «La fundamental identidad –dirá– de los dos fenómenos (...) explica cómo sea todavía incierta, en los tratados científicos, la recíproca línea de confín» e ilustra esta idea con el supuesto del capitán de la nave del art. 510 del *Codice di Commercio*, que para CARNELUTTI entra dentro de la figura de la representación.

²⁴² *Sistema...*, *ibidem*.

²⁴³ F. CARNELUTTI, *Lezioni...*, cit., pp. 247-248

mucho más amplio, que comprende no sólo los casos de sustitución (*ergo*, el sustituto podría ser interviniente en el proceso del sustituido), sino que es admisible para quienes no podrían nunca asumir la condición de parte principal.

§. En cuarto término, salvo error u omisión por mi parte, CARNELUTTI es el primero en difundir en la doctrina italiana el carácter legal y tasado de los supuestos de sustitución procesal.

En su *Sistema* el maestro milanés había avanzado la idea de que, al permitir la ley hacer valer a un sujeto el derecho de otro, se debilita el derecho subjetivo y, por ello, propugna el carácter *restringido* –todavía no tasado– de la sustitución procesal:

«Se comprende por ello que la sustitución no sea y no deba ser reconocida mediante una norma general, sino, por el contrario, en cada caso, cuando el interés en obtener la tutela judicial del interés ajeno sea digno de especial atención, cosa que puede suceder, bien por la naturaleza de uno de los intereses, bien por la naturaleza del otro»²⁴⁴.

En cambio, en sus *Instituciones* CARNELUTTI parece mostrarse favorable al carácter tasado o cerrado de los supuestos de sustitución procesal (aunque hay que señalar que lo dice al hilo del tenor literal del artículo 81 c.p.c., que, como se ha visto, es bastante taxativo en este punto):

«La regla es, pues, que la sustitución sólo es posible cuando esté expresamente consentida»²⁴⁵.

§. En quinto término, la forma amplia de entender la sustitución procesal como disociación entre el sujeto del interés y el sujeto del proceso se refleja también en el contenido de nuestra figura, esto es, en las hipótesis que la misma comprende.

Así, en su *Sistema*²⁴⁶, en atención a que otros sujetos pueden actuar sobre una relación ajena sin afirmarse titulares de la misma, distingue el autor dos grandes apartados, según que recaigan en el terreno del derecho de familia o entren en la categoría del derecho patrimonial privado. De esta forma, son hipótesis de sustitución procesal:

a) La acción de nulidad matrimonial, cuando ésta es ejercitada, según autoriza la ley en cada caso, por los ascendientes próximos; por el Ministerio Fiscal; por los terceros que ostenten un interés legítimo y actual; por los ascendientes o

²⁴⁴ Sistema..., cit., p. 44.

²⁴⁵ En este punto puede decirse que el pensamiento del maestro italiano fue con el tiempo progresivamente inclinándose hacia el carácter tasado de la sustitución procesal, como lo demuestra el hecho de que, antes de lo que se ha dicho en el texto, concretamente, en 1926, en sus *Lezioni* (*op. cit.* p. 210) se mostraba decidido a aplicar la analogía cuando se sintiera la viva necesidad de tutelar el interés de un tercero que no pudiera ser considerado parte en sentido material. La solución más razonable en esta cuestión es la que mantiene Virgilio ANDRIOLI (*Diritto processuale* civile, vol. 1º, Nápoles, 1979, p. 571), para quien la tipicidad de los supuestos de sustitución procesal no significa estar exclusivamente a la ley procesal civil, «sino al ordenamiento positivo considerado en su conjunto».

²⁴⁶ Vid. pp. 44-45.

miembros del consejo de familia cuyo consentimiento se requiera para contraer matrimonio; por el tutor del interdicto; y, en fin, por un cónyuge, para impugnar el matrimonio del otro cónyuge.

b) La acción de impugnación del reconocimiento de un hijo natural por quien ostente interés en ello.

c) Quienes ostenten interés en oponerse a la declaración de paternidad o de maternidad (legitimación pasiva); de donde se infiere que cabe, según el maestro italiano, la sustitución procesal *pasiva*.

d) La acción subrogatoria del artículo 1234 del antiguo *Codice civile* italiano de 1865.

e) La sucesión procesal en la posición de demandado, ocurrida por intervención del garante en el proceso sobre acciones reales entre tercero y garantizado. Y

f) La acción popular del Derecho procesal administrativo.

Además, a la anterior relación todavía cabe añadir otro supuesto más, *sub g*), incluido como tal en sus *Instituciones*, a saber: la no muy clara «sustitución del enajenante al adquirente a título particular de la *res litigiosa*» (*sic*).

§. En sexto término, extraídas las anteriores notas principalmente de su obra *Sistema*, con posterioridad, en sus *Instituciones* vino a establecer CARNELUTTI dos clases de sustitución procesal: la sustitución procesal *absoluta* y la sustitución procesal *relativa*.

La sustitución procesal es *absoluta* cuando la tutela del interés del sustituto *agota totalmente* la tutela del interés del sustituido y, normalmente, se desenvuelve *sin la presencia* de éste en el proceso; ejemplo de este tipo de sustitución es la sucesión procesal en los casos de intervención por llamada en garantía, dada la extromisión del sujeto garantizado. *A contrario*, frente a este primer tipo de sustitución, la sustitución procesal es *relativa* cuando la tutela del interés del sustituto *no agota totalmente* la del interés del sustituido y, normalmente, se desenvuelve *con* la presencia del sustituido; ejemplo de ello es la acción subrogatoria tras la entrada en vigor del *Codice civile* de 1942, cuyo artículo 2900.II exige, como lo había hecho ya mayoritariamente la doctrina anterior al *Codice*, el llamamiento del sustituido al proceso²⁴⁷.

§. En séptimo término y para terminar con el pensamiento de este autor, hay que examinar los efectos de la sustitución procesal según CARNELUTTI. En este punto son tres las fuentes a considerar.

²⁴⁷ El art. 2.900 del *Codice civile* italiano establece lo siguiente:

«El acreedor, para asegurar que sean satisfechas o conservadas sus razones, puede ejercitar los derechos y las acciones que corresponden frente a terceros al propio deudor y que éstos descuida ejercitar, siempre que los derechos y las acciones tengan contenido patrimonial y no se trate de derechos o de acciones que, por su naturaleza o por disposición de ley, no pueden ser ejercitados sino por su titular.

El acreedor, cada vez que actúe judicialmente, debe citar al deudor al que pretende sustituir».

En primer lugar, en el *Sistema*²⁴⁸ mantiene que, en la medida en que el sustituto hace valer un derecho ajeno, la eficacia de la cosa juzgada se extiende al sustituido –por ser titular del interés actuado– y no al sustituto; éste sólo resultará afectado por la sentencia, dice CARNELUTTI, si en el proceso ha hecho valer un derecho propio (¡como si la acción –hay que objetar– no fuera propia del sustituto!).

En segundo lugar, en las *Instituciones*, en cambio, se apoya en su distinción entre sustitución procesal *absoluta* y sustitución procesal *relativa* para discernir los límites subjetivos de la cosa juzgada. En concreto, si la sustitución es absoluta y, por lo tanto, el sustituido ha permanecido ajeno al proceso, la sentencia «perjudica *directamente* al sustituido, y *de reflejo* al sustituto; en cambio, cuando se trata de sustitución *relativa*, puesto que la litis entre el sustituido y el tercero no es deducida por el sustituto en el proceso *sino en cuanto a los efectos que de la decisión se siguen respecto de él*, si la sentencia perjudica o no al sustituido depende de la actitud que éste adopte en el mismo proceso»; es decir, será preciso, para que tal afectación se produzca, que éste asuma el proceso participando en él. Lo cual quiere decir, llevándolo al terreno de la acción subrogatoria como hace CARNELUTTI, que si el acreedor sustituido no interpuso una demanda propia en el proceso instado por su acreedor contra el *debitor debitoris*, la condena de éste «no favorece al sustituido (...) y, en particular, no impediría al tercero condenado a favor del sustituto pedir la declaración negativa de certeza de su deuda frente al sustituido»²⁴⁹.

Con ser discutible esta forma de configurar los límites subjetivos de la sustitución procesal (y aun las clases mismas de sustitución que el autor distingue en *absoluta* y *relativa*), lo más discutible es, en tercer término, la aplicación que hizo de su doctrina en su nota a una sentencia del Tribunal de Bergamo titulada “Cosa giudicata e sostituzione processuale”²⁵⁰. Y digo que lo discutible son sus aplicaciones, porque, aunque CARNELUTTI vierte reflexiones muy aprovechables, lo hace sobre la premisa de considerar el caso examinado como un supuesto de sustitución procesal. El solo título del artículo de CARNELUTTI debe llevar, en un trabajo como el presente, sobre la sustitución procesal, a un examen más detenido. Veámoslo.

§. Se trata, la nota a la sentencia titulada “Cosa giudicata e sostituzione processuale”, de un comentario a una sentencia dictada en un caso curioso, que, a mi juicio (y en contra del criterio de CARNELUTTI), tiene poco que ver con la sustitución procesal, aunque ello no le impida suscitar interesantes cuestiones relativas a este instituto. El caso era el siguiente. En un primer proceso, una entidad bancaria presenta una demanda contra el matrimonio Facchinetti y contra una empresa mercantil a la que éstos le habían vendido un inmueble; contra los primeros se ejercita la acción de simulación y, contra los segundos y subsidiariamente, la acción de nulidad por fraude. Ambos se defienden de la

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 45.

²⁴⁹ *Op. cit.*, pp. 177-178.

²⁵⁰ *Rivista di Diritto processuale civile*, 1942, II, pp. 24-28.

misma negando la simulación y el fraude. La sentencia de primera instancia rechaza la acción por simulación mientras que estima la acción de fraude. En lo que ahora importa, estos pronunciamientos devinieron firmes tras agotar los recursos interpuestos por el matrimonio, que en segunda instancia varió su argumento defensivo manteniendo la existencia también de simulación en el negocio impugnado. Tras devenir firme esta sentencia, el citado matrimonio Facchinetti instó un segundo proceso contra la mercantil que había sido su codemandada, ejercitando contra ella la acción de simulación. En su defensa, la mercantil esgrimió la excepción de cosa juzgada; excepción que fue aceptada en primera instancia y confirmada en la sentencia que comenta CARNELUTTI ahora. Según los fundamentos de la sentencia, no se puede proceder a una nueva decisión, porque «el ordenamiento jurídico no consiente que la actividad jurisdiccional se desarrolle más de una vez sobre el mismo objeto poniendo otra vez en tela de juicio la verdad de aquello que ya fue objeto de una declaración judicial definitiva».

Pues bien, de lo anterior deduce CARNELUTTI que «es oponible por el comprador al vendedor la excepción de cosa juzgada derivada de la sentencia dictada en un proceso promovido por un acreedor del vendedor, que rechaza la simulación de un contrato de compraventa cuya declaración había solicitado tal acreedor». Mantiene, dice, que esta sentencia demuestra lo que viene afirmando desde hace varios años: que «en el proceso entre el sustituto procesal y el tercero la eficacia de la sentencia se extiende contra el sustituto» (sic). ¿Qué es lo discutible? La *inexplicable* relación que deduce CARNELUTTI entre este caso (donde no se menciona ni una sola vez la sustitución procesal) y la sustitución procesal. En concreto, al hilo del caso dice que, «conforme a la anterior enseñanza según la cual el acreedor que actúa *utendo iuribus* del deudor es sustituto procesal de este último, es forzoso admitir que el demandado tenía razón: el acreedor es un sustituto procesal; la cosa juzgada formada sobre la demanda presentada por el sustituto se extiende al sustituido (la parte en sentido material); *ergo*, su eficacia es tanta como si el proceso se hubiera desarrollado entre deudor y comprador». La última reflexión de CARNELUTTI es, según dice, de orden moral, de justicia material. En resumidas cuentas, cree injusto que, si en verdad la simulación era tal y el vendedor no había percibido el precio aparente, éste no pueda defenderse frente al comprador. Dice que, precisamente, «la llave del proceso civil es el interés del litigante», porque en ambos procesos el interés del vendedor era contrario: mientras que en cuanto demandado por el tercero acreedor su interés radicaba en negar la simulación, en cuanto demandante contra el comprador su interés consistía en afirmarla. Cree, por tanto, que esta disparidad de intereses impide la existencia de la «identidad objetiva» de la que habla el nuevo *Codice Civile*., por cuanto las partes, aún siendo las mismas en ambos procesos, no actuaban «en la misma condición», puesto que una de ellas mantenía un interés contrapuesto.

Por otro lado, a propósito de la noción del interés, trae a colación el caso de la acción subrogatoria:

«Ciertamente el acreedor, cuando actúa en vía subrogatoria, es sustituto del deudor, cuyo derecho hace valer en juicio; pero precisamente porque lo hace

valer en su propio interés y no en el de su deudor, no parece justo que la declaración que recaiga afecte al deudor o al tercero más allá de los límites en los que se ha dictado tal declaración para la satisfacción del interés mismo, a cuyo fin basta con que, en torno a tal derecho, la cosa juzgada se limite a las relaciones entre el acreedor de un lado y el deudor o el tercero de otro, sin invadir las relaciones (internas) entre estos dos. Puede ocurrir que en la tutela del interés del sustituto se agote enteramente la tutela del interés del sustituido, en cuyo caso la cosa juzgada entre el sustituto y el tercero implica la cosa juzgada entre el tercero y el sustituido; tal es, por ejemplo, el caso que sucede cuando el garante asume el proceso contra el garantizado; pero puede también no suceder, lo que me parece que precisamente puede ser reconducido a la hipótesis del artículo 1234 Cc., de lo que es un cierto síntoma la carga impuesta al sustituto de llamar al sustituido en el proceso. ¿Deberemos por esto distinguir entre sustitución *absoluta* y sustitución *relativa*? La duda no me parece aventurada. Ahora, si la sustitución es relativa, la cosa juzgada no se formaría entre sustituto y tercero sino en la medida en que “uno haya hecho valer contra el otro un derecho relativo”».

Si lo anterior es así (y me refiero al caso), entonces no hay duda de que, efectivamente, hay cosa juzgada, al menos en sentido positivo. Es decir, dada, cuando menos, la estrecha vinculación entre los dos objetos procesales, en el segundo proceso había que estar al resultado del primero a la hora de resolver la cuestión que se planteaba. Esto, cuando menos, digo. Otra cosa es que exista “plena identidad”. Pero, llegados a este punto, me parece que el debate no es el de si existía o no tal identidad plena, porque, a mi juicio, lo que en ningún caso existe es la relación que cree ver CARNELUTTI entre este caso y el instituto de la sustitución procesal. La Banca acreedora que demandó en el primer juicio no actuaba, a mi juicio, *utendo iuribus* del deudor, sino *iure proprio*. Y lo que actuaba era, no una acción subrogatoria, sino una acción de simulación. Y, al menos, hasta ahora nadie había sostenido que la acción de simulación fuera encuadrable procesalmente en la categoría de la sustitución procesal (puesto que los legitimados -ordinarios- de la misma son los eventuales perjudicados, lo que no excluye que puedan ser varios los legitimados y, entre ellos, el acreedor de uno de los contratantes y hasta este mismo). Quiero decir con ello que para que exista sustitución procesal no basta con que un tercero actúe un derecho que pueda tener consecuencias en una relación jurídica ajena, por beneficiosas que puedan ser dichas consecuencias. El ejercicio *utendo iuribus* que normalmente se asocia a la sustitución procesal (o mejor dicho, a la acción subrogatoria) debe concurrir, para que exista tal sustitución, en sentido estricto (que, creo, no es el sentido que maneja CARNELUTTI en este comentario). Esto es, en el sentido de que lo que se actúa por el sustituto es el mismo derecho material que pertenece al sustituido, de forma que, actuado por aquél, el derecho se agota porque es único. Lo decisivo, por tanto, no es que el ejercicio de una acción se refleje en el ámbito de una esfera ajena, sino que lo que se actúe sea, precisamente, el derecho ajeno: el derecho que nace a favor de los titulares de una relación jurídica declaradamente ajena desde el punto de vista del pretendido sustituto; eso sí, teniendo en cuenta siempre –cosa que, a la vista de su comentario, no hace CARNELUTTI– las enseñanzas de REDENTI, en el sentido de no perder de vista que en las acciones constitutivas y en las acciones declarativas la legitimación, aun cuando se confiera a un tercero, no convierte a éste en sustituto procesal; o dicho de otro modo: que no siempre la actuación sobre una relación jurídica, en principio, ajena convierte al sujeto

agente en sustituto procesal. En definitiva, lo que se quiere decir es, de un lado, que el tal *sustituto* simplemente no existe en el caso examinado, porque el actor obra en interés propio un derecho propio: la acción de simulación; y, de otro lado, que tampoco existe el tal *sustituido* al que poder extender la eficacia de lo resuelto, porque el deudor es parte desde el punto y hora en que se le ha demandado. Además, por si lo anterior fuera poco, resulta de todo punto absurdo que el pretendido *sustituido* en el ejercicio de la acción sea precisamente una de las personas frente a las que se dirige (y debe dirigirse) aquélla. ¿O no es una contradicción ser, al mismo tiempo, demandante y demandado?

4.2. EMILIO BETTI Y LA NOCIÓN DE SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. Jurista polivalente donde los haya, Emilio BETTI es de los autores que no necesitan presentación en las disciplinas iusprivatistas²⁵¹. El interés de BETTI abarcó distintas y variadas disciplinas jurídicas, de entre las que ahora sólo interesa mencionar el Derecho procesal civil y el Derecho civil, y –si en su obra es posible deslindar su formación en uno y otro campo– precisamente por este orden (que fue también el suyo vocacional).

4.2.1. La legitimación en el proceso civil y sus clases según BETTI

§. En materia de legitimación, BETTI mantiene en su *Diritto processuale civile italiano*²⁵² que la legitimación obedece a la cuestión ontológica de por quién y contra quién debe dirigirse la demanda para que ésta sea acogida. Es decir, la legitimación responde a las siguientes cuestiones: «¿quién sería su *justo* proponente (actor) y quién su *justo* destinatario (demandado)?»²⁵³. Para ello no basta, dice este autor, con que la acción sea ejercitada por un sujeto cualquiera; antes al contrario, las partes han de tener el poder (legitimación activa) o la carga (legitimación pasiva) de accionar, siempre en atención a la razón (léase la *causa de pedir*) que se deduce en el proceso.

Pero, ¿en qué consiste la legitimación, según el maestro italiano? Imbuido como está de ideas iusprivatistas, para BETTI la legitimación en el proceso civil corre paralela al *poder de disposición*; se trata –según el italiano– de un presupuesto objetivo–subjetivo de la acción, lo mismo que el poder de disposición es un presupuesto de la misma clase del negocio jurídico. Y ambos, *legitimación* y *poder de disposición*, entran –en su pensamiento– dentro de una categoría más genérica llamada *legitimación en sentido amplio* o *competencia dispositiva*, que es explicada como la «competencia para determinar las suertes de una relación o estado jurídico»²⁵⁴. Así, si en virtud del poder de disposición

²⁵¹ Como dice DI MAJO (“Legittimazione negli atti giuridici”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, Milán, p. 53), «no es exagerado afirmar que la sistematización bettiana es un punto de referencia obligado para quienes, teóricos y prácticos, tratan de emplear el concepto [de legitimación], adquirir conciencia de su valor dogmático y práctico, medirse, en suma, con él».

²⁵² BETTI, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Roma, 1936, pp. 157-166.

²⁵³ E. BETTI, *Diritto processuale civile...*, cit., p. 157.

²⁵⁴ *Diritto processuale civile...*, cit., p. 158.

los sujetos pueden realizar actos de disposición de derecho material, en virtud de la legitimación pueden también configurar una relación o situación jurídica, porque el proceso implica en sí mismo un riesgo, «una puesta en juego», de la posición jurídica que se deriva de aquella relación o situación jurídica del sujeto.

Ahora bien, la legitimación para BETTI no supone la necesaria pertenencia del derecho litigioso. Lo que hay que hacer para determinar si concurre o no la legitimación es un *juicio hipotético* sobre la pertenencia al sujeto del poder y de la carga, respectivamente, de accionar y de contradecir, tomando como criterio para realizar tal juicio la «razón hecha valer» o *causa*²⁵⁵. Dicho en otras palabras, el control sobre la legitimación «se debe hacer *en abstracto* y *en hipótesis*, estando a cuanto afirma el actor en la demanda y con referencia exclusiva a las afirmaciones enunciadas, no ya a su corrección de hecho, a su veracidad, que está por averiguar»²⁵⁶. De ello se sigue que la legitimación es, para BETTI, una cuestión previa al fondo y apreciable tanto de oficio como a instancia de parte, según él, en cualquier momento del proceso:

«El defecto (...) [de legitimación], además de ser excepcionable por el adversario de la causa, viene también observado de oficio y en cualquier estado y grado del juicio»²⁵⁷.

«(...) La cuestión –dirá BETTI–, de orden preliminar, es por ahora ver solamente si quien se presenta como actor y/o quién ha sido demandado tiene o no tiene la “condición” o “cualidad” para sostener la razón que se hace valer o, respectivamente, para contestarla o reconocerla: si resultase que no la tiene, sería inútil cualquier discusión de fondo»²⁵⁸.

En consecuencia, se trata de un concepto de legitimación que se adapta al proceso, pero que no se *procesaliza* hasta el punto de hacerlo consistir en las meras afirmaciones de legitimación; éstas, si bien se mira, son su parámetro, pero no su esencia. La esencia de la legitimación proviene –como dirá el jurista italiano– de «una *relación* de la persona del actor o del demandado con la *relación* o *estado jurídico litigioso*, como viene *afirmado* o contestado en juicio, es decir, de su particular *posición* respecto al mismo»²⁵⁹.

²⁵⁵ Cfr. E. BETTI, *Diritto procesuale civile...*, cit., p. 159.

²⁵⁶ *Diritto procesuale civile...*, ibidem.

²⁵⁷ *Diritto procesuale civile...*, cit., p. 158.

²⁵⁸ *Diritto procesuale civile...*, cit., p. 159.

²⁵⁹ *Diritto procesuale civile...*, cit., pp. 159-160. Merced a la construcción que hizo sobre la teoría general del negocio jurídico (vid. su *Teoría general del negocio jurídico*, trad. por A. Martín Pérez con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Granada, 2000, especialmente pp. 203 y ss.), a él se debe la conocida acepción de la legitimación como presupuesto subjetivo-objetivo del negocio, consistente en la «específica situación del sujeto con respecto a los intereses que se trata de regular». Se trata de la específica idoneidad del sujeto para realizar determinados negocios jurídicos; idoneidad que normalmente se tiene cuando existe identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio y el sujeto de los intereses sobre los que se vierte el negocio.

§. En función de cuál sea dicha específica posición del sujeto con respecto a la relación o situación jurídica deducida así se distinguen las clases de legitimación de BETTI.

La regla general es que el agente traiga su título de legitimación de ser el sujeto activo o pasivo de la relación litigiosa o de ser titular del estado jurídico controvertido, tal y como éstos han sido afirmados en el proceso. En tal caso, dice el jurista italiano, nos encontramos ante la clásica *legitimatio ad causam* (*ad causam petendi*) elaborada por la doctrina del proceso romano-común²⁶⁰.

«Pero –continúa BETTI– más a menudo sucede (...) que la persona (...) haga valer, o conteste, en nombre propio, una relación jurídica ajena, en condición de *sustituto procesal*»²⁶¹, enunciando así una segunda clase de legitimación, «de carácter derivativo o secundario»²⁶².

Además, junto a las categorías anteriores, hay, en tercer y cuarto lugar, una legitimación de carácter accesorio²⁶³ (que comprende sustancialmente la intervención procesal) y una legitimación de carácter concurrente²⁶⁴; pero, a estos efectos, no resultan de interés.

4.2.2. La sustitución procesal bettiana y sus características

§. Llamativo del pensamiento de este autor es que no incluye una relación de los supuestos que, según él, debieran comprenderse dentro de la categoría de la sustitución procesal. Esta omisión se ve, sin embargo, ampliamente suplida por el análisis que hace acerca de la explicación del fenómeno de la sustitución procesal.

Empecemos por decir que para BETTI la sustitución procesal es una legitimación de carácter *derivativo* o *secundario* que tiene como presupuesto una legitimación *ad causam* primaria (la del titular de la relación que se hace valer como declaradamente ajena por el sustituto), que permanece inerte. Y que, para diferenciarla de la vieja *legitimatio ad processum* del representante, propone las denominaciones²⁶⁵ de *legitimatio ad petitionem* (cuando la sustitución se produce en la parte activa) y *legitimatio ad defensionem* (cuando se produce en la parte pasiva). Además, otra diferencia con la representación radica, según BETTI, en que mientras que el poder de sustitución –este autor prefiere, como se ve, hablar de *poder de sustitución*– es una cuestión atinente al fondo, el poder de representación alcanza y desarrolla sus efectos en la relación procesal.

Luego, en virtud de tal *poder de sustitución* el sustituto deviene parte, se convierte en protagonista del proceso. Por eso, la legitimación se examina con respecto a su persona, pues el sustituto ejerce la acción en nombre propio.

²⁶⁰ Sobre la cual, vid. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 160-161.

²⁶¹ E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 161-162.

²⁶² *Diritto processuale civile*, cit., p. 163.

²⁶³ Vid. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 164.

²⁶⁴ Vid. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 164-166.

²⁶⁵ Vid. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 163-164.

§. En cuanto a la fuente de tal poder, el jurista italiano precisa que éste puede provenir de: a) un defecto del poder de disposición del titular de la relación litigiosa; b) de la inercia de dicho titular; o bien, c) de su voluntario apartamiento del proceso contra él dirigido, como en el supuesto de la llamada en garantía.

La legitimación del sustituto viene dada por una «*situación* objetiva que hace surgir el interés en la sustitución»²⁶⁶, como la inercia del deudor en la acción subrogatoria o la indisponibilidad de los bienes por parte del insolvente. Dicho interés surge de una relación jurídica que une a sustituto y sustituido y constituye el fundamento del poder de sustitución. Y, a continuación, el jurista italiano enumera las clases de relaciones entre sustituto y sustituido que pueden darse, a saber: a) una relación de gestión (sin que el autor ejemplifique aquí algún supuesto); b) una relación obligatoria (como parece ser el caso, pero podrían ser otros, de la acción subrogatoria); y c) una relación de garantía derivada de una enajenación a título oneroso de tal naturaleza que transfiere al sustituto el ejercicio de la acción acerca de la razón que se hace valer.

Esta última idea le permite al autor apuntar que lo que existe en la sustitución procesal (y específicamente, en la acción subrogatoria) es una *transferencia del poder de acción*, para que el sustituto lo ejercite en nombre propio y devenga parte en el proceso instado por él; en concreto, en la acción subrogatoria –apostilla BETTI– la inercia del deudor propio confiere a su acreedor el poder de hacer valer en nombre propio la relación jurídica que aquél mantiene con un tercero.

Luego, en resumen, la sustitución procesal presupone –según BETTI– que la posición del sujeto de la relación litigiosa compete a la persona que le sustituye; circunstancia ésta que le permite hablar de una dualidad de personas en una misma posición, en la que el sujeto sustituido ostenta una legitimación *ad causam* primaria u originaria, aunque en estado inerte por la legitimación derivativa del sustituto.

§. En cuanto a los efectos de la sustitución procesal, BETTI es de la opinión mayoritaria de que los efectos jurídicos del proceso conducido por el sustituto no se vierten –a diferencia de la representación– directamente sobre el sustituido, sino que hay que distinguir los efectos del proceso, que son para el sustituto, de los efectos propios de la cosa juzgada, que se comunican al sustituido en una suerte de *extensión* de la cosa juzgada²⁶⁷.

5. Enrico ALLORIO y la falta de «alargamiento» de la cosa juzgada al sustituido

§. En 1935 ve la luz la monografía de Enrico ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, que constituye un auténtico manifiesto contra los límites subjetivos de la cosa juzgada, aunque, para ser más precisos, hay que decir que

²⁶⁶ E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 163.

²⁶⁷ Vid. su Teoría general del negocio jurídico, cit., p. 495.

es el primer autor que mantendría que los límites subjetivos derivan, por su propia naturaleza, de los límites objetivos de la cosa juzgada:

«La regla de los límites subjetivos –dirá– se puede, todo lo más, aceptar en otro sentido y con una función mucho más modesta que aquella que normalmente se le da: se puede aceptar como reflejo y elemento de la regla de los límites objetivos»²⁶⁸.

Pues bien, según expone ALLORIO, el fenómeno normal por el cual determinados terceros quedan afectados por la cosa juzgada de una resolución dictada en un proceso al que se han mantenido ajenos encuentra su explicación en los efectos reflejos de la cosa juzgada, por razón de un nexo de prejudicialidad o dependencia entre relaciones jurídicas. A este esquema se sujetan las hipótesis normales de afectación de los terceros a la cosa juzgada ajena. Sin embargo, frente a este fenómeno normal, ALLORIO detecta casos en los que la afectación de los terceros no es de carácter reflejo, sino directo; fenómeno que él denomina como *alargamiento de la cosa juzgada*. Con ello de lo que se trata es de dar una explicación especial a la afectación de determinados terceros que no están vinculados por una relación jurídicamente dependiente o conexa *stricto sensu*, sino que lo que existe es bien un ejercicio de un interés ajeno, bien una concurrencia o paralelismo de relaciones jurídicas. Y es al hilo de esta categoría de alargamiento de la cosa juzgada donde analiza, entre otros expedientes procesales, la sustitución procesal, que es lo que nos interesa aquí y ahora.

En apretado resumen, ALLORIO cuestiona que en los supuestos de sustitución procesal exista una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada o, según su propia denominación, un *alargamiento* de la cosa juzgada. De un lado, el sustituto hace valer la relación jurídica del sustituido en virtud de una legitimación propia²⁶⁹. Por tanto, «la sentencia (...) es ya una sentencia sobre la razón (sobre la relación jurídica) del sustituido»²⁷⁰. Y de otro lado, tampoco es necesario que la cosa juzgada se alargue al sustituto, porque la sentencia le concierne a él como primer destinatario de la misma. A demostrar estas aseveraciones se dirigen sus observaciones sobre el «singular y complejo instituto de la sustitución procesal»²⁷¹.

§. De entrada, la sustitución procesal para ALLORIO es reconducible a un fenómeno mucho más general de *sustitución*, común al Derecho procesal y al Derecho material privado²⁷². Se trata de un mero apunte que el autor italiano, desgraciadamente, no desarrolla, pero que después retomaría BETTI en su

²⁶⁸ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, op. cit., p. 52.

²⁶⁹ En este punto hay que tener en cuenta que ALLORIO distingue la legitimación propia de la extraordinaria no en función de la concordancia entre el sujeto de la acción y el sujeto de la razón o relación jurídica, sino en función de que la persona legitimada sea o no sujeto de los efectos del proceso (cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 213. nota 26).

²⁷⁰ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 249.

²⁷¹ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ibidem.

²⁷² *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 250.

Teoría general del negocio jurídico y de la que se haría eco la doctrina civilista²⁷³.

§. El siguiente paso que da ALLORIO es, tratando de caracterizar el fenómeno de la sustitución procesal al que se refiere, establecer las diferencias entre ésta y la figura de la representación. Tales diferencias –que para el autor son correlativas, pues una conduce a la otra– son tanto intrínsecas, como externas. En el primer sentido, la sustitución procesal se diferencia de la representación en la actuación *nomine alieno* del sujeto agente; esto es, el sustituto no obra en nombre de otra persona, el sustituido, sino que obra en su propio nombre (si bien, según este autor, «por cuenta ajena»²⁷⁴). Ello significa, trasladado al ámbito del proceso, que al sustituto le es conferida la defensa, en concepto de parte, de la relación jurídica del sustituido que es objeto del proceso. En el segundo sentido, esto es, en cuanto a los efectos de la actuación del agente, el sustituto, a diferencia del representante, soporta todo el peso de su actuación procesal, es decir, soporta todo el peso de la responsabilidad procesal, como, por ejemplo, el pago de la condena en costas. Precisamente, este criterio de la responsabilidad procesal –dirá– «es decisivo para establecer quién es parte»²⁷⁵.

Y junto a las anteriores, hay, además, una ulterior diferencia, en atención a la naturaleza de los intereses tutelados. Así, mientras que el sustituto ostenta un interés sobre la relación jurídica que deduce en el proceso, interés éste que está en la base de su legitimación, en la representación el representante no tiene ningún interés personal en el proceso, más allá de ser el portador formal del interés ajeno.

Por otro lado, mirando específicamente al proceso, sucede que mientras que la representación procesal trae su razón de ser y se desarrolla en el ámbito exclusivo del proceso, en la sustitución procesal, por más que se califique de este modo, su justificación está siempre en una relación de derecho material y, más precisamente, en un vínculo que une al sustituto con el sustituido en el ámbito del derecho material.

§. A este vínculo se debe, justamente, su relación con la situación o relación jurídica deducida en la *litis* y constituye el fundamento donde radica el interés del sustituto. Se trata de un interés, según ALLORIO, propiamente jurídico, pero no de un interés anterior a la positivación de las normas que autorizan la sustitución procesal. Lo que significa –se infiere– que el legislador es libre de reconocerlo o no; o, en otros términos, el legislador no está necesariamente vinculado a la presencia de ese interés a la hora de legislar si permite o no, y cómo y cuándo, el ejercicio de los derechos ajenos²⁷⁶.

Respecto a qué tipo de interés está en la base de la sustitución procesal, ALLORIO mantiene que «no cualquier interés en la controversia justifica la sustitución procesal». Si así fuera, «las condiciones para la sustitución procesal

²⁷³ Vid., supra, Introducción, nota 4.

²⁷⁴ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 250.

²⁷⁵ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 251.

²⁷⁶ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 252.

se identificarían con las condiciones para la intervención adhesiva»²⁷⁷, aunque es verdad que tampoco para esta última, como reconoce el propio autor, basta la presencia de cualquier interés. En definitiva, es un interés *legitimante* el que ostenta el sustituto procesal; un interés que es condición de su legitimación. Se trata, por tanto, la sustitución procesal, de una legitimación por interés, no por propio derecho subjetivo privado. De ahí que, para ALLORIO, «las normas que confieren legitimación a persona distinta del titular de la relación litigiosa tienen evidente carácter excepcional»²⁷⁸.

§. Donde mejor y mayormente se advierte la presencia del interés en el sustituto es en la sustitución procesal *activa*, es decir, en aquellos supuestos que habilitan al sustituto a ser sujeto actor o demandante en el proceso. «Se puede, por tanto, tranquilamente hablar, en estos casos, de un *poder* de sustitución procesal». Este poder de sustitución procesal (del que también hablara ya BETTI) viene visto por ALLORIO como un poder del que es destinatario el adversario, y no el Estado; lo mismo, según este autor, que en el caso del derecho de acción, del que la sustitución procesal –según dice– no es más que una *subespecie*²⁷⁹. Así sucede, según ALLORIO, en el supuesto del marido que demanda en un proceso relativo a bienes dotales o comunes, en la acción subrogatoria, y en la acción popular supletoria.

Pero la sustitución procesal también puede, según el jurista italiano, ser *pasiva*. En estos casos no se puede hablar de un poder del sustituto frente al adversario, sino al revés: de un poder del adversario frente al sustituto. Luego, más que una situación de poder es, desde el punto de vista del sustituto, una situación de *sujeción*: sujeción al poder del tercero para litigar contra el sustituto, como sucede con el marido demandado en procesos relativos a la dote o a los bienes comunes; con el caso del capitán, cuando es demandado por el acreedores del propietario de la nave²⁸⁰; o, en fin, con el supuesto de la masa de la quiebra, de la que el curador es solamente representante, cuando es demandada en un proceso sobre insinuación de créditos para que éstos entren a formar parte del pasivo de la quiebra.

§. Otro de los aspectos analizados por ALLORIO acerca de la sustitución procesal es la relación entre el sustituto y el objeto del proceso. La cuestión la plantea ALLORIO en los siguientes términos: ¿Puede decirse, en algún sentido, que el sustituto es titular de la razón que se hace valer en el proceso? O, en otros términos, ¿es el sustituto sólo *sujeto de la acción* o también puede añadir a esta condición el ser *sujeto de la razón*?

²⁷⁷ La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit., p. 253.

²⁷⁸ La cosa giudicata rispetto ai terzi, ibidem.

²⁷⁹ La cosa giudicata rispetto ai terzi, ibidem.

²⁸⁰ Respecto del supuesto del capitán de la nave, para ALLORIO su condición cambia o se desdobra según sea, respectivamente, demandante o demandado. Se trata, dice ALLORIO (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 255), de una figura imprecisa en la que se da la circunstancia de que mientras que cuando el capitán es demandante su actuación es más próxima a la figura de la representación, cuando es demandado su estado de sujeción a la acción del tercero sin que en el proceso esté en juego un interés personal suyo permite hablar de sustitución procesal (pasiva).

Para ALLORIO la respuesta es afirmativa. El sustituto puede ser, al mismo tiempo, *sujeto de la acción* y *sujeto de la razón*, siempre que comprenda el contenido de la acción del sustituido. En este sentido, dice ALLORIO, la razón o relación jurídica deducida en el proceso por el sustituto está formada por una afirmación compleja, compuesta, concretamente, por los dos siguientes elementos²⁸¹: a) de un lado, la afirmación de la relación jurídica ajena, presentada como tal; y b) de otro lado, el interés «que acerca al sustituto a la relación jurídica del sustituido». «De la razón así construida –mantiene el jurista italiano– el sustituto sería el titular»²⁸².

«La relación litigiosa –dice–, de la cuál él [el sustituto] es el sujeto, no formaría, del juicio, el objeto exclusivo; sino que sería, es más, sólo elemento y parcial fundamento de la razón hecha valer de la cual el otro elemento, de igual importancia, sería el interés del sustituto que justifica su actuación»²⁸³.

Ahora bien, las dos afirmaciones que debe realizar el sustituto para justificar su presencia en el proceso y que fundan su legitimación no tienen igual importancia, según matiza el autor. Es un error colocar ambas en el mismo plano y dotarlas del mismo valor, porque, en realidad, cabe discernir una afirmación principal y otra accesoria. La afirmación principal es aquella relativa a la relación jurídica de la que es titular el sustituido; la afirmación «de la existencia de una relación que justifica el *propio* interés por aquella relación» es la afirmación secundaria, porque está subordinada a la primera. ¿De dónde proviene la preeminencia de la primera de las afirmaciones? De ser, según ALLORIO, la afirmación sobre la que debe versar necesariamente el pronunciamiento que pide al tribunal y constituir, al mismo tiempo, la afirmación de una posición legitimante. Porque, según el jurista italiano, el sustituto no es más que un sujeto legitimado, si bien «naturalmente en vía derivativa»²⁸⁴. Además, afirmar que el sustituto es un sujeto legitimado es decir tanto como que él es titular del derecho de acción, «y no un simple subrogado en el ejercicio del mismo»²⁸⁵.

Siendo, por tanto, la legitimación del sustituto verdadera legitimación, ésta constituye una cuestión lógicamente preliminar respecto de la existencia de la relación jurídica litigiosa. Ahora bien, aun siendo preliminar, la decisión sobre la sustitución procesal es una decisión de fondo²⁸⁶, pues sobre ella –a diferencia

²⁸¹ En el mismo sentido de que el sustituto habría de realizar dos clases de afirmaciones se había pronunciado ya Konrad HELLWIG (*Klagrecht und Klagmöglichkeit*, 1905, citado por ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 260, nota 27), si bien, a diferencia de ALLORIO, sin llegar a conclusiones claras.

²⁸² E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 256.

²⁸³ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *ibidem*. Como el mismo autor reconoce (*op. cit.*, pp. 259-260), esta concepción del sustituto como sujeto de la acción y como sujeto de la razón al mismo tiempo no había sido sostenida antes por nadie.

²⁸⁴ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 257.

²⁸⁵ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 257, nota 19.

²⁸⁶ Sobre la opinión de ALLORIO acerca de la legitimación en general es inevitable remitir al lector a dos comentarios jurisprudenciales de obligada cita en esta materia. En el primero de ellos, titulado “Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire” (publicado, junto con otros, en *Problemi di Diritto*, vol. 1, Milán, 1957, pp. 195-207), el autor viene a defender

de la representación procesal- se forma la cosa juzgada material, de manera que el pronunciamiento que se dicte ejerce su influjo más allá de los límites del proceso a que dio lugar la sustitución procesal. Cosa distinta, que no desmiente el hecho de que la cosa juzgada alcance la legitimación por sustitución, es que constituya el pronunciamiento principal del proceso. Pues tal pronunciamiento principal no lo constituye la legitimación del sustituto, sino la relación jurídica deducida en el proceso, es decir, la relación declaradamente ajena.

§. ¿Qué consecuencias prácticas se siguen de la sustitución procesal, entendida ésta como la actuación del sujeto de una acción coordinada a una relación jurídica ajena? Básicamente, dos.

La primera conclusión tiene que ver con la excepción de litispendencia: si ésta es o no oponible cuando estamos en presencia de una sustitución procesal y por quién. En este sentido, partiendo de que la relación jurídica objeto del proceso es ajena, mantiene ALLORIO que la excepción es oponible:

1º) al *sustituido*, cuando pretenda instar un proceso relativo a una relación jurídica propia que ya haya sido deducida por un sustituto con anterioridad.

2º) Al propio *sustituto procesal*, cuando la iniciativa de instar el proceso sobre una relación jurídica haya partido de su propio titular.

3º) A otros *colegitimados a la sustitución*, cuando la relación jurídica ajena que se quiere hacer valer haya sido previamente deducida en otro proceso por otro colegitimado. Éste sería el caso, que el autor ejemplifica, de varios acreedores de un mismo deudor que quisieran ejercitar subrogatoriamente un derecho de su deudor cuando con anterioridad ya lo ha hecho otro acreedor en un proceso pendiente.

Obviamente, la excepción de litispendencia es oponible cuando existe plena identidad entre los objetos litigiosos²⁸⁷. Por ello, si además de la relación jurídica ajena, el sustituto amplía el objeto litigioso deduciendo una razón propia, la viabilidad de la excepción de litispendencia es dudosa, aunque ALLORIO parece mostrarse partidario de ver identidad de objetos procesales, pese a que los mismos no sean exactamente idénticos.

La segunda conclusión que extrae ALLORIO de sus reflexiones sobre la sustitución procesal surge a propósito de la contemplación de un supuesto muy

esencialmente que la legitimación queda determinada con la afirmada pertenencia de la pretensión (no de la relación jurídica deducida) y que condiciona el que se dicte una resolución sobre el fondo, perteneciendo al fondo del asunto el examen acerca de la atribución activa y pasiva del derecho que se hace valer en la demanda. En el segundo de los comentarios, titulado “Diatriba breve sulla legittimazione ad agire” (*Problemi di Diritto*, cit., pp. 209-226), incide en estas ideas, manteniendo que cuando la discusión versa sobre la titularidad de la relación jurídica deducida, esto es, sobre si el derecho o la deuda sobre la que versa el proceso incumbe a los sujetos del mismo, el problema no es de *legitimación*, sino de fondo.

²⁸⁷ Nótese que de esta observación se infiere que para ALLORIO las partes o sujetos litigantes no identifican el objeto del proceso o, por decirlo de otra forma, que prevalecen los elementos objetivos del objeto del proceso sobre los subjetivos, de tal manera que, a estos efectos, habría identidad jurídica de sujetos.

concreto de sustitución procesal, a saber: la acción subrogatoria del antiguo artículo 1234 del *Codice civile* italiano. Dicha conclusión tiene que ver con la inviabilidad de una suerte de *sustitución en la sustitución procesal* o, por decirlo en términos del ejemplo desde el que reflexiona ALLORIO, no cabe el ejercicio de derechos ajenos por subrogación en la persona del acreedor sustituto. La razón está en que el sustituto no hace valer una razón completamente propia; de ahí que la inercia de un acreedor en lo que respecta a la acción subrogatoria no habilite, a su vez, a sus acreedores a dirigirse contra una cuarta persona actuando subrogatoriamente la acción subrogatoria inerte.

§. En definitiva, el pronunciamiento declarativo sobre la relación jurídica del sustituido con fuerza de cosa juzgada material regula definitivamente la relación jurídica «frente a todos: y, por lo tanto, en primer lugar frente al sustituido, que de la relación es titular»²⁸⁸. Pero –continúa ALLORIO– en esto no consiste el alargamiento o la extensión de la cosa juzgada. Semejante alargamiento sólo se producirá para quienes consideren que el sustituto es sujeto de la razón, y no el sujeto de una *acción coordinada a una razón ajena*. Luego, sujeto directamente afectado por la sentencia es el sustituido. ¿A qué se debe este fenómeno? La explicación, como dice el jurista italiano, «no se encuentra en el concepto de alargamiento o extensión, sino en el concepto de la *legitimación*». Ahora bien, en este punto, es decir, a la hora de construir a qué se debe la afectación directa de la sentencia para el sujeto sustituido, ALLORIO no sólo no adopta, sino que se muestra contrario a emplear el concepto de parte –siquiera *sustancial* como hiciera CARNELUTTI–, para designar al sujeto –el sustituido– que ha permanecido extraño al proceso, aunque la sentencia le afecte directamente.

6. La obra de GARBAGNATI tras la positivización de la *sostituzione processuale* en el artículo 81 del *Codice di procedura civile*

§. A este autor se debe, como se ha señalado en las líneas introductorias, la más importante monografía sobre la sustitución procesal en el proceso civil, titulada, precisamente, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*. Pero, bien mirado, ésta no sólo versa sobre la sustitución procesal. En realidad, se trata de una obra que comprende el estudio de grandes cuestiones del proceso civil, como las elaboraciones en torno a la acción y en torno a la legitimación, siempre en el marco del proceso civil. Y ello, porque para GARBAGNATI la legitimación extraordinaria demuestra el carácter autónomo del concepto de acción, ya que enseña que se puede obtener la tutela judicial de un derecho sin ser titular del mismo²⁸⁹. Dicho lo cual, y sin perjuicio del valor de la obra del jurista italiano, para comprender la perspectiva desde la que es abordada la sustitución procesal es preciso advertir, de un lado, que el método del autor es justamente el contrario del que aquí se ha elegido, es decir, GARBAGNATI emplea el método deductivo, analizando la sustitución procesal

²⁸⁸ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 260.

²⁸⁹ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 131.

a partir de las nociones de poder, derecho subjetivo, acción, etc.; y de otro lado, que justa consecuencia de esta elección es que en la obra no se contiene, no ya un elenco claro y delimitado de lo que el autor considera hipótesis de sustitución procesal, sino ni el más mero análisis de una sola de esas hipótesis. Los supuestos de legitimación por sustitución hay que buscarlos, en la obra de GARBAGNATI, en las citas de los autores que le precedieron (KOHLER, HELLWIG, CHIOVENDA, CARNELUTTI, etc.)²⁹⁰, lo que conduce al amontonamiento de supuestos dispares y no homogéneos y a una excesiva teorización desligada de cualquier supuesto concreto. En este contexto, pues, hay que entender las afirmaciones de GARBAGNATI sobre la sustitución procesal.

6.1 LA LEGITIMACIÓN Y SUS CLASES EN EL PROCESO CIVIL SEGÚN GARBAGNATI

§. De entrada, la legitimación es, para GARBAGNATI, la titularidad del poder de acción, entendido éste en términos abstractos, es decir, no como el derecho del particular frente al Estado a obtener una tutela jurisdiccional concreta, sino como el derecho a promover la tutela de los tribunales a fin de obtener una resolución *sobre el fondo*, no precisamente favorable²⁹¹.

¿Quiénes son titulares del poder de acción? ¿Con base en qué criterios se determina la legitimación? O, por decirlo más llanamente, ¿qué clases distingue GARBAGNATI de legitimación? GARBAGNATI distingue dos tipos de legitimación.

De un lado, están los casos de legitimación *ordinaria*. «En vía ordinaria –dice GARBAGNATI– están legitimados para actuar y para contradecir, respecto a una determinada relación jurídica, sólo los titulares de la relación misma»²⁹². Ésta es la regla que, a su juicio, formula en sentido contrario el artículo 81 c.p.c., al admitir sólo en supuestos excepcionales y legalmente previstos que otro pueda hacer valer los derechos de uno.

Según GARBAGNATI²⁹³, la razón por la cual el artículo 81 c.p.c. limita al titular del derecho litigioso el poder de acción está, no en la naturaleza disponible de los derechos subjetivos privados (ya que también en los derechos indisponibles rige la norma de que sólo su titular puede hacerlos valer), sino en que es en su esfera jurídica donde se producen los efectos de la resolución jurisdiccional.

Y de otro lado, está lo que denomina, siguiendo a REDENTI, legitimación *extraordinaria*; legitimación ésta que agrupa supuestos que «no forman, en su conjunto, un todo homogéneo, estando disciplinada por disposiciones legales singulares, que no son aplicaciones de un único principio, sino que constituyen, en cambio, una serie de excepciones al principio general del artículo 81»²⁹⁴. Se

²⁹⁰ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 13-21.

²⁹¹ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 136 y passim.

²⁹² E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 164.

²⁹³ *La sostituzione processuale*, cit., p. 165.

²⁹⁴ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 173.

trata, pues, de supuestos cuyas características comunes residen en la falta de coincidencia entre el sujeto legitimado y el sujeto titular de la relación jurídica litigiosa y en que deben su existencia a una norma que, caso por caso, confiere la legitimación.

Ahora bien, siendo esto así, ulteriormente cabe establecer una división entre los supuestos de legitimación extraordinaria, agrupándolos en tres subespecies, a saber: a) la representación; b) la subrogación procesal; y c) la sustitución procesal.

§. Respecto de la representación, GARBAGNATI, como se ha visto, no es el primero ni el único autor en considerarla un supuesto de legitimación. De un lado, a esta idea obedece la vieja *legitimatatio ad processum* del Derecho común, y, de otro lado, antes que él ya CARNELUTTI trataba la representación como una categoría o figura de legitimación. En apretado resumen, según este modo de ver las cosas²⁹⁵, el representante debe su legitimación al *poder de representación* (cfr. artículos 1387 y 1396 *Codice civile* italiano); poder en virtud del cual el representante puede ejercitar los derechos subjetivos de un tercero —el representado— con efectos en la esfera jurídica de este tercero, actuando *en su nombre e interés*.

§. La subrogación procesal sí es, en cambio, una novedad conceptual de este autor²⁹⁶. Esta segunda subespecie de legitimación extraordinaria agrupa hipótesis que clásicamente han sido reconducidos bien a la representación, bien a la legitimación ordinaria. Esta categoría agrupa supuestos en los que el sujeto legitimado deduce procesalmente el derecho ajeno en interés *también ajeno*, pero no precisamente en interés del titular de la relación jurídica controvertida, sino en interés de *terceros*. Y, entre otros, se ejemplifica esta figura con el supuesto del curador de la quiebra, el cual actúa en el proceso no en interés del quebrado y tampoco en interés personal del curador, sino en interés del conjunto de la masa de acreedores.

Pero hay más casos de subrogación procesal. Así, siguiendo a este autor, también se produce un fenómeno de subrogación procesal en los siguientes supuestos:

- a) El del depositario o administrador de bienes embargados o secuestrados judicialmente, quien estará legitimado, por ejemplo, para reclamar el cobro de la renta de alquiler relativa al bien administrado, haciendo valer, por lo tanto, el derecho del deudor ejecutado²⁹⁷. Aquí el interés ajeno que se tiende a proteger es el del acreedor ejecutante, y no el del deudor ejecutado.
- b) El caso de legitimación pasiva que ostenta el comandante de la nave cuando es demandado por terceros en virtud de relaciones jurídicas que

²⁹⁵ Vid. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 174-191.

²⁹⁶ Vid. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 192-203. No obstante, reconoce el autor que el término *surrogazione* había sido empleado con anterioridad por CANDIAN (*Il processo di fallimento*, Padua, 1939, pp. 128-130), a propósito del curador de la quiebra, si bien con distinto sentido al que le otorga GARBAGNATI (cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 198, nota 69).

²⁹⁷ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 193-194.

competen al armador, en cuyo caso fácilmente se advierte que la legitimación pasiva viene establecida en interés de los propios terceros²⁹⁸ (aunque es muy discutible que no se trate de lo que desde el campo iuscivilista viene resuelto conceptualmente como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno).

c) El supuesto de legitimación pasiva del factor mercantil, que es igualmente atribuida en interés de los terceros con los que aquél contrató por cuenta del *dominus*²⁹⁹ (aunque aquí lo dudoso es que no se trate de gestión representativa).

d) Y, en fin, la legitimación legal, exclusiva y necesaria del Ministerio de la Casa Real italiana, para sustituir en juicio, *ex* artículo 76 *c.p.c.*, al Rey Emperador, a la Reina Emperatriz y a los Príncipes de la Casa Real italiana, en sus relaciones privadas. En este supuesto el interés no es tampoco el propio del Rey ni el de las demás personas integrantes de la Casa Real en sí mismas consideradas, sino el interés del Estado en que los miembros de la Casa Real italiana no se vean envueltos en litigios particulares (de «razones de prestigio de la corona» habla GARBAGNATI).

§. Y, en fin, junto a los anteriores, están los supuestos de sustitución procesal, distinguidos de la subrogación por que la legitimación para ejercitar un derecho ajeno –que no la acción, que es propia del sustituto– no se confiere en atención a un interés ajeno, sino propio del sujeto legitimado. A esta última categoría de legitimación dedica GARBAGNATI los tres últimos capítulos de su monografía.

6.2. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA LEGITIMACIÓN EN LA OBRA DE GARBAGNATI

§. La sustitución procesal se produce, según GARBAGNATI, cuando la ley autoriza excepcionalmente a un sujeto «a hacer valer procesalmente, en nombre propio, un derecho ajeno»³⁰⁰; de esta atribución excepcional para hacer valer los derechos ajenos deriva precisamente el carácter *extraordinario* de la legitimación del sustituto procesal.

Que el sustituto procesal es un sujeto legitimado no cabe la menor duda. A él y sólo a él la ley confiere acción para pretender la tutela de un derecho subjetivo privado, por más que este derecho sea declaradamente ajeno. La diferencia con la representación es, pues, clara: mientras que el representante actúa en nombre ajeno, el sustituto actúa *en nombre propio*.

§. Pero, ¿qué es actuar *en nombre propio*? Empecemos por aclarar, siguiendo a GARBAGNATI, lo que *no es* actuar en nombre propio.

De un lado, litigar en nombre propio no es afirmarse en el proceso titular del derecho litigioso. El sustituto, dice el autor, «sin duda hace valer procesalmente un derecho ajeno *como ajeno*»³⁰¹. Lo que excluye, a su juicio, que se trate de sustitución procesal el supuesto del artículo 111. 1º *c.p.c.*, en virtud del cual «si

²⁹⁸ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 194.

²⁹⁹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 195.

³⁰⁰ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 205.

³⁰¹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 207.

en el curso del proceso se trasfiere el derecho controvertido por acto *inter vivos* a título particular, el proceso prosigue entre las partes originarias». Esto es, dicho en otros términos, el enajenante que continúa en el proceso pese a la enajenación del objeto litigioso no es, como mantiene la doctrina dominante y la jurisprudencia italianas³⁰², un sustituto procesal del adquirente, pese a que la sentencia despliegue, por sí misma, efectos reflejos y, en todo caso, tenga además la eficacia directa que señala el aptdo. 4 del mismo artículo 111 c.p.c.

Y de otro lado, actuar en nombre propio tampoco significa para GARBAGNATI que el sustituto sea sujeto de *todos* los actos y de *todos* los efectos del proceso, pues «los efectos que, a través de la formación de la cosa juzgada, vienen a producirse respecto a la relación jurídica litigiosa, inciden directamente (...) en la esfera jurídica del sustituido, titular de la relación misma»³⁰³. Es verdad que con esta diferencia queda establecida la distinción entre representación y sustitución procesal, pues el sustituto es el sujeto y el destinatario principal de los actos procesales mientras que el representante no es el destinatario de los mismos; sin embargo, como dice GARBAGNATI, la distinción es más extrínseca que intrínseca, pues queda sin esclarecer el porqué —la causa— de la misma.

Para el autor italiano, la expresión del artículo 81 c.p.c. «en nombre propio» no es la perfecta antítesis de la expresión «en nombre ajeno» que emplea el artículo 1388 del *Codice civile* italiano para referirse a la representación. Actuar en nombre propio significa, en pocas palabras, actuar «en el propio interés»³⁰⁴; pero actuar en el propio interés porque una norma lo autoriza, no porque la concurrencia del interés quede al criterio del propio sujeto agente. En otros términos, el sustituto es titular de un poder de acción, relativo a una relación jurídica ajena, porque el ordenamiento, para tutelar un interés prevalente del propio legitimado, así lo consiente:

«Es sustituto procesal, con base en este artículo, todo sujeto al que le sea reconocido, por una especial disposición de ley, el poder de hacer valer procesalmente, *en el propio interés*, un derecho ajeno»³⁰⁵

Se trata —el interés del sustituto— de un interés que prevalece sobre el del sustituido. De hecho, el legislador, al autorizar los supuestos de sustitución procesal, prescinde del interés del sujeto titular de la relación jurídica litigiosa y confiere legitimación a otro sujeto, incluso contra la voluntad del titular.

§. Por otro lado, la denominación del fenómeno como *sustitución procesal* la juzga GARBAGNATI como bien merecida, pues se da una perfecta equivalencia jurídica entre la actividad procesal del sustituto y la que hubiera

³⁰² Cfr., además de los autores ya citados en el texto principal, los citados por E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 207-208. Y, además, NENCIONI, “Sostituzione processuale e legittimazione”, en *Foro Italiano*, 1935, IV, p. 396; P. D’ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, t. I, Padua, 1941, p. 91. Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento...*, cit., pp. 210-211.

³⁰³ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 209.

³⁰⁴ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 211.

³⁰⁵ E. GARBAGNATI, *ibidem*.

desenvuelto el sustituido en ejercicio de su derecho, ya que, si bien hay ciertos efectos que se producen directamente a favor o en contra del sustituto (así, por ejemplo, la obligación del pago de las costas), es en la esfera jurídica del sustituido donde inciden los efectos del ejercicio del poder de acción del sustituto.

Ahora bien, el poder de acción del sustituto es *propio* del sustituto. No se trata del mero ejercicio del derecho subjetivo ajeno, ni de la actividad ajena, ni de la acción ajena. El sustituto ejercita en el proceso «un propio poder de acción, que tiene por objeto un derecho ajeno»³⁰⁶. Que ello es así lo demuestran, según GARBAGNATI, los casos –juzgados por el autor como de sustitución procesal– en los que el sustituto tiene acción y no la tiene, en cambio, el titular de la relación jurídica litigiosa, como, por ejemplo, en los supuestos de los antiguos artículos 184 y 220 del *Codice civile*, sobre ejercicio, por parte del marido, de acciones relativas a bienes de la esposa. En estos supuestos no se procede a la *expropiación del ejercicio de la acción*, como quiere CHIOVENDA, ni a la *expropiación de la acción*, como mantiene ANDRIOLI, porque, en primer término, el sustituto no requiere para actuar en sustitución estar provisto de un título ejecutivo; en segundo término, tampoco el fundamento de la sustitución procesal está siempre en la existencia de un derecho de crédito insatisfecho entre sustituto y sustituido que habilite a la expropiación forzosa; y en tercer término, porque en aquellos supuestos en los que, como la acción subrogatoria, requieran de la presencia del sustituido, no se explicaría bien cómo un sujeto al que se le ha expropiado de su derecho o de su acción realiza efectos plenamente eficaces en el proceso³⁰⁷.

§. Además, la legitimación del sustituto no es una legitimación derivada, como había mantenido ZANZUCCHI³⁰⁸, sino «accesoria»³⁰⁹. La falta del carácter derivativo de la legitimación del sustituto está en que su poder de acción, a diferencia del representante, no depende de la voluntad del titular de la relación jurídica litigiosa; ni tampoco deriva, como en los supuestos juzgados por GARBAGNATI como de subrogación procesal, del ejercicio de un oficio o cargo por parte del sustituto. En cambio, sí es accesoria, porque «el poder de acción del sustituto presupone normalmente la existencia, a favor del sustituido, de un poder de acción, a él idéntico por contenido; y todas las causas que influyen sobre la acción del sustituido determinan eventualmente su extinción (...) influyen contemporáneamente, y en igual medida, sobre la acción del sustituto»³¹⁰. Y ejemplifica el jurista italiano este carácter accesorio con el supuesto de que en la relación jurídica litigiosa el sustituido hubiera estipulado una cláusula arbitral; en cuyo caso, el sustituto estaría legitimado para poner de manifiesto la existencia de este óbice procesal en un proceso ante los tribunales.

³⁰⁶ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 218.

³⁰⁷ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 219-221.

³⁰⁸ ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, p. 311, citado por E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 229, nota 58.

³⁰⁹ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 229-231.

³¹⁰ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 230.

§. En cuanto a las clases de sustitución procesal, en contraposición a la sustitución procesal *activa* encontramos –siempre según GARBAGNATI– una sustitución procesal *pasiva*. Esta especie había sido explicada³¹¹ como la sujeción a la acción ajena en lugar del titular de la relación jurídica litigiosa objeto de la acción. Sin embargo, para GARBAGNATI no puede hablarse de situación de sujeción ni de recepción de los efectos de la acción ajena, porque en la sustitución va de suyo que los efectos de la tutela jurisdiccional inciden directamente en la esfera del sustituido, y no del sustituto (quien, por lo tanto, no está sujeto a los mismos). Y, de nuevo, la legitimación se explica aquí de modo extraordinario, como la atribución de un poder a favor del sustituto para contradecir procesalmente la relación jurídica ajena.

Por otro lado, también se plantea el autor si cabe la llamada sustitución procesal *voluntaria*. La opinión mayoritaria al respecto³¹², dado el tenor literal del artículo 81 c.p.c., que remite expresamente a los casos previstos por la ley, es contraria a esta modalidad o clase de sustitución procesal. Sin embargo, con ser éste suficiente motivo para dar solución a la cuestión, para GARBAGNATI hay que ir más allá del tenor literal y buscar la *ratio* de la norma. Y esta *ratio* la encuentra GARBAGNATI en la conveniencia de no extender convencionalmente los casos en que un sujeto puede solicitar la tutela de los tribunales respecto de una relación jurídica ajena; *ratio*, que, sin embargo, no le impide admitir supuestos de sustitución procesal más allá de los casos legalmente previstos, siempre que se aprecie que se está en presencia de un interés jurídicamente tutelable en la persona del sustituto y el titular haya autorizado el ejercicio de la acción³¹³.

Tampoco, en mi opinión, el argumento literal es determinante ni persuasivo para excluir una sustitución procesal de naturaleza voluntaria. A mi juicio, lo determinante radica en que, siendo posible convencionalmente que otro sujeto ejercite los derechos propios, lo que no es posible es hallarse ante un supuesto de sustitución procesal, y sí ante una cesión de derechos, una autorización representativa u otros negocios similares. Quiero decir con ello que es jurídicamente imposible (y, además, una retorsión del concepto de acción) imaginar que un sujeto, con base en el principio de autonomía de la voluntad, transfiera a otro única y exclusivamente el poder de hacer valer en juicio un determinado derecho sin, al mismo tiempo, transferir el derecho que se hace valer. Las acciones no son, en sí mismas, transferibles y, si lo son, ya no estamos en la órbita de la sustitución procesal y sí en otros ámbitos. El propio GARBAGNATI viene implícitamente a reconocer estas objeciones cuando, corrigiendo el tenor del artículo 81 c.p.c., propone *de lege ferenda* la adición de la coletilla «sin la previa autorización del titular del derecho mismo», olvidando, por otro lado, que la ley, al autorizar los supuestos de sustitución procesal, prescinde en absoluto de la voluntad del titular del derecho actuado. Ello sin mencionar que, aunque GARBAGNATI lo niega, existe un cierto

³¹¹ Así, E. BETTI, en *Sulla natura dei titoli all'ordine*, citado por GARBAGNATI (*La sostituzione processuale...*, cit., p. 222); y ALLORIO, *La cosa giudicata...*, cit., p. 254.

³¹² *Vid.* E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 231, nota 62 y los autores allí citados.

³¹³ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 234-235. *Vid.* las críticas que le dedica D'ONOFRIO (*Commento...*, cit., p. 134), en el sentido de reconducir la sustitución procesal voluntaria al ámbito de la legal.

interés en no perjudicar a la contraparte con extensiones convencionales de los supuestos de sustitución procesal, máxime cuando, como GARBAGNATI, considera admisible la sustitución procesal pasiva (que no es más, en realidad, que un supuesto de responsabilidad por hechos ajenos).

§. Por último, el sustituto, además de ser un sujeto legitimado como el representante o como el sujeto legitimado en vía de subrogación procesal, a diferencia de éstos, es parte; mientras que, en contra de la opinión de algunos autores³¹⁴, el sujeto sustituido no lo es:

«El sustituto procesal es parte en el proceso conducido por él y relativo a una relación jurídica del sustituido, porque actúa o es llamado a contradecir en el propio interés, estando precisamente legitimado para actuar o para contradecir en tutela de *su* interés en el ejercicio del poder jurisdiccional sobre una relación jurídica ajena. El sustituido, en cambio, es titular de la relación jurídica litigiosa, pero no es parte porque no actúa ni es llamado a contradecir en el proceso que se desenvuelve sobre tal relación»³¹⁵.

Ahora bien, la atribución de la condición de parte al sustituto no obsta para que, en caso de vencimiento, según GARBAGNATI, la obligación de reembolso de las costas o el resarcimiento de los daños procesales pesen sobre el sustituido, en cuanto titular del interés que se dilucida en el proceso³¹⁶. Hay que hacer notar que, para GARBAGNATI, esta responsabilidad del sustituido es procesal -«según los artículos 91 y 96 c.p.c.», afirma este autor-, y no sólo una manifestación que se desenvuelve en el ámbito interno de relaciones entre sustituto y sustituido, fuera del proceso. Por eso no llega a comprenderse bien cómo, en las hipótesis de sustitución procesal que no exigen la presencia del sustituido en el proceso, pueden hacerse estos pronunciamientos a favor o en contra de un sujeto que no es parte en el proceso; salvo, claro está, que se consideren -como hace el autor italiano- supuestos de sustitución procesal distintos de los que en España manejamos, como, por ejemplo, aquellos que dan lugar a la sucesión procesal o cambio de partes. En cualquier caso, las afirmaciones de este autor en este punto son contradictorias, ya que también mantiene que es el sustituto quien carga con la eventual condena en costas en caso de vencimiento y con la responsabilidad de los daños procesales³¹⁷.

6.3. EL FUNDAMENTO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. Respecto del fundamento de la sustitución procesal, frente a los autores que sitúan este fundamento en la titularidad, por parte del sustituto, de un derecho subjetivo conexo o relacionado con la situación jurídica del sustituido, GARBAGNATI es de la opinión que no existe un único fundamento común a todas las posibles hipótesis de sustitución procesal. Y, desde luego, hay que estar con el autor italiano en esta conclusión, aunque sólo sea porque la

³¹⁴ Así, ROCCO, *La legittimazione ad agire*, pp. 138 y ss. y BARBERO, *La legittimazione ad agire un confessoria e negatoria servitutis con riguardo alla efficacia del giudicato*, Milán, 1937, pp. 35 y ss.

³¹⁵ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 257-258.

³¹⁶ *La sostituzione processuale...*, cit., p. 255.

³¹⁷ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, pp. 255 y 262.

amplitud de los supuestos desde los que parte no hacen posible reconducir *ad unum* o explicar desde una única causa el concepto de la sustitución procesal.

Ahora bien, lo anterior no obsta a que, como dice GARBAGNATI³¹⁸, *en la mayor parte de los casos* la legitimación del sustituto procesal provenga de una relación jurídica que vincula a sustituto y sustituido y que, en virtud de ella, el legislador juzga que existe un interés jurídicamente tutelable del sustituto en el ejercicio de la jurisdicción respecto de la relación ajena que liga al sustituido con un tercero y, por ello, le concede acción. Así sucede, según ilustra el autor, con el acreedor pignoraticio para ejercitar la acción reivindicatoria que corresponde al pignorante, en vista de su interés por recuperar la posesión de la cosa; con el marido para hacer valer procesalmente el derecho de propiedad de la mujer sobre los bienes dotales; o con el usufructuario para declarar la existencia de una servidumbre a favor del fundo objeto de usufructo, en vista de su derecho de goce sobre el fundo mismo.

Sin embargo, la existencia de fundamento común no puede generalizarse a todos y cada uno de los supuestos de sustitución procesal. De ahí que, puestos a buscar una única razón que fundamente los supuestos de sustitución procesal, hay que tender a la elevación y situar la misma, como hace GARBAGNATI³¹⁹, en las concretas normas que, en cada caso, autorizan a un sujeto –sustituto– a ejercitar el derecho de otro sujeto –sustituido– frente a un tercero.

6.4. EL OBJETO DE LA ACCIÓN DEL SUSTITUTO

§. ¿Cuál es el objeto de la acción del sustituto? Llegados a este punto GARBAGNATI empieza por acogerse a la distinción entre objeto *inmediato* de la acción y objeto *mediato*. Siendo el objeto *inmediato* de la acción la obtención de la tutela que se solicita (que siempre se pide *para sí* en cuanto se pide *en nombre propio*), el elemento ajeno que es característico de la sustitución procesal se da precisamente en el objeto *mediato* de la acción. Este objeto no es otro que la relación jurídica ajena, en cuanto tal, es decir, presentada como ajena. En este punto, mantiene el jurista italiano que tanto puede tratarse –el objeto mediato de la acción– de una sola relación jurídica ajena, cuanto de «un número indefinido de relaciones jurídicas», como en el supuesto de la acción subrogatoria, en cuyo caso, la sustitución procesal «se avecina, en su estructura, a la acción ordinaria de cognición, como poder de naturaleza abstracta»³²⁰, ya que a su amparo el acreedor puede ejercitar cuantos derechos patrimoniales tenga el deudor contra uno o varios terceros.

Naturalmente, para tener acción es preciso que exista un estado contrario al derecho ajeno que se hace valer y del cual surge el llamado *interés en obrar* o, según otra terminología, *necesidad de tutela jurídica*. Interés éste (en el sentido del artículo 100 c.p.c.) que por lo normal se extiende o afecta tanto al sustituto como al sustituido, pues ambos son titulares de intereses coincidentes, aunque

³¹⁸ Cfr. E. GARBAGNATI, La sostituzione processuale..., cit., p. 226.

³¹⁹ Cfr. E. GARBAGNATI, La sostituzione processuale..., cit., p. 228.

³²⁰ E. GARBAGNATI, La sostituzione processuale..., ibidem.

ello no es del todo necesario (pues la sustitución procesal está autorizada legalmente incluso contra la voluntad del sustituido, quien puede juzgar no lesivo el estado de hecho contrario a su derecho). En este último caso, el interés que prevalece en la sustitución procesal es aquél del que es titular el sustituto procesal, y no el sustituido o titular de la relación jurídica litigiosa deducida en el proceso.

6.5. LOS PODERES PROCESALES DEL SUSTITUTO

§. La peculiaridad de la sustitución procesal tiene su reflejo en el contenido de la legitimación del sustituto, esto es, en los poderes o derechos subjetivos que se le reconocen al mismo dentro y para el proceso.

No es así, por ejemplo, respecto de los actos de impulso formal del proceso ni respecto de las facultades de alegación, pues en estos puntos el sustituto se comporta como cualquier otro legitimado. Pero sí que existen, según GARBAGNATI, otros aspectos del proceso que se ven afectados por la extraordinariedad de no tratarse del sujeto titular de la relación afirmada en el proceso.

Así, en primer término, en materia probatoria la extraordinariedad de su legitimación tiene su reflejo, según el jurista italiano, en que le está vedada la confesión y el juramento. Para la confesión, su falta de aptitud deriva del tenor del artículo 2731 del *Codice civile* italiano, según el cual la misma «no es eficaz si no proviene de personas capaces para disponer del derecho a los que se refieran los hechos confesados»; y a este artículo se remite el artículo 2737 del mismo cuerpo legal, en lo tocante al juramento. Por lo tanto, «no es difícil concluir que el sustituto no está normalmente legitimado a la confesión de hechos referidos a la relación jurídica litigiosa, no tiene el poder de deferir juramento decisorio o de realizar el juramento que le haya sido deferido por la parte contraria»³²¹

En segundo término, GARBAGNATI examina ciertos actos procesales que producen efectos en la esfera jurídica material, como el allanamiento, la transacción o la excepción de compensación. Y la solución a la que llega el jurista italiano es que mientras que la excepción de compensación no podría oponerla el sustituto para hacer valer un crédito del que sea titular el sustituido, en el allanamiento y en la transacción –dice– «la solución más exacta es que, probablemente, esté legitimado para tales actos, siempre que los actos mismos realizados por el sustituto carezcan de efectos en el campo del derecho material, produciendo únicamente efectos jurídicos procesales»³²².

En tercer término, está la forma anormal de terminación del proceso mediante desistimiento. En este punto, GARBAGNATI se muestra partidario de admitir tanto que el sustituto pueda desistir del procedimiento instado por él, como que pueda mostrarse conforme con el desistimiento de la parte contraria. La razón hay que encontrarla en los efectos de esta forma de terminación anormal del

³²¹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 237.

³²² E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 239.

proceso: ya que el proceso concluye con una resolución meramente procesal, carente, por lo tanto, de fuerza de cosa juzgada material, no se irroga ningún perjuicio al sustituido, quien podría, por consiguiente, tutelar por sí mismo su derecho subjetivo material privado en un proceso ulterior. Es verdad –reconoce el autor– que del desistimiento se podrá seguir la pérdida de efectos favorables producidos por la litispendencia (por ejemplo, el devengo de intereses); pero ésta no es razón suficiente para vedar al sustituto la posibilidad de cercenar el proceso dejando imprejuizada la acción.

Por último, también puede el sustituto, según GARBAGNATI³²³, recurrir la resolución definitiva que le sea desfavorable, argumentando, *a fortiori*, que esto mismo le está permitido incluso pese a no haber accionado él mismo, sino el titular del derecho litigioso, esto es, interviniendo en el proceso justo en la fase impugnatoria y produciendo así una sustitución procesal *sucesiva, sobrevenida o in itinere*.

6.6. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DEL SUSTITUIDO

§. Existen diversas hipótesis de sustitución procesal en las que la ley italiana específicamente contempla la necesidad de llamar al proceso al sujeto sustituido. Así, por ejemplo, el artículo 1012 del *Codice civile* italiano dispone que el usufructuario que pide la declaración de la existencia o inexistencia de la servidumbre debe llamar al proceso al propietario; o el artículo 2900 del mismo cuerpo legal, según el cual el acreedor que actúa en vía subrogatoria «debe citar también al deudor al que intenta subrogar»; o, por fin, el ciudadano que haga valer un derecho correspondiente a una institución de pública beneficencia debe llamar al proceso al legítimo representante del ente (artículo 83 de la Ley núm. 6972, de 17 de julio de 1890). Pues bien, GARBAGNATI mantiene, en contra de la opinión mayoritaria, que la intervención en el proceso del sustituido en estos supuestos le convierte en parte.

En este punto, ya CHIOVENDA había mantenido que los efectos propios de esta llamada son los de proceder a la *expropiación de la acción* del sustituido a favor del sustituto, y no a los efectos de convertirse en parte; pues partes, como se sabe, son, según sus enseñanzas, seguidas por la doctrina mayoritaria italiana, aquel que demanda en su propio nombre y aquel frente al que se propone la demanda. Y puesto que *tertium non datur*, la conclusión no puede ser otra, según este modo de ver las cosas, que la de negar que el sustituido que accede al proceso promovido por el sustituto adquiera la condición de parte. Pues bien, para negar esto, GARBAGNATI no argumenta que el sustituido podría tener interés en oponerse a la demanda del sustituto negando la legitimación extraordinaria de este último; y no lo hace, por dos razones³²⁴. La primera razón que aduce es que, de ser hipotéticamente admisible este interés, lo que –todo lo más– podría reconocérsele al sustituido es la condición de demandado; pero no para oponerse en cuanto al fondo del asunto, sino para

³²³ La sostituzione processuale..., cit., p. 241.

³²⁴ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, p. 267.

negar de forma prejudicial la legitimación del sustituto. Y la segunda razón que alega GARBAGNATI hace referencia a que difícilmente la citación hecha al sustituido a los fines de lograr su presencia en el proceso cabría equipararla a la proposición de una demanda en su contra, por parte del sustituto procesal, para que se declare la concurrencia de legitimación a su favor. Frente a esta visión, dice GARBAGNATI, es más razonable sostener que la llamada al proceso del sustituido no implica la proposición de ninguna demanda, sino que el fin perseguido por las normas que imponen dicha llamada es la de permitir que el sustituido pueda intervenir junto al sustituto procesal³²⁵. Ahora bien, el sustituido que es llamado al proceso se convierte, por este motivo, en parte y tan es así que, producida la llamada, «nada induce, por ejemplo, a excluir que, cuando no se constituya en el juicio en el término establecido, deba ser declarado rebelde»³²⁶.

§. Una primera cuestión íntimamente relacionada con la presencia en el proceso del sujeto sustituido impuesta por normas legales es la de si se produce entonces un litisconsorcio necesario y si ese litisconsorcio tiene lugar en la parte activa (o demandante) o en la parte pasiva (o demandada).

En este sentido, ALLORIO había ya afirmado, para toda la categoría de supuestos de sustitución procesal, la concurrencia de un litisconsorcio necesario, sin especificar si activo o pasivo³²⁷; pero todavía la mayoría de los autores que se habían pronunciado al respecto lo habían hecho movidos desde la consideración de la acción subrogatoria. Así, por ejemplo, REDENTI y VOCINO se habían pronunciado a favor, respectivamente, de un litisconsorcio colectivo pasivo³²⁸ y de un litisconsorcio pasivo necesario³²⁹. Pero, como bien dice GARBAGNATI, los intereses y posiciones entre el acreedor que actúa en vía subrogatoria y el *debitor debitoris* resultan antitéticas, por lo que difícilmente puede darse en este supuesto un litisconsorcio necesario en la parte pasiva; y ello, sin mencionar que, como se ha dicho, en la sustitución procesal no cabe entender, según GARBAGNATI, que la demanda se dirija frente al sustituido. Antes al contrario, el deudor sustituido en la acción subrogatoria tiene, según GARBAGNATI, un interés objetivamente coincidente con el del sustituto. Sin embargo, ello no significa que aquél sea un litisconsorte *necesario* del sustituto que actúa *ex* artículo 2.900 del *Codice civile*, ya que se trataría «de una extraña figura de litisconsorcio necesario», caracterizada porque no existe «la unión necesaria en la proposición de la demanda contra el tercero»³³⁰.

Éstas que no son sino consideraciones vertidas a propósito del supuesto de la acción subrogatoria son extensibles, según el jurista italiano, «a todos los casos

³²⁵ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, p. 268.

³²⁶ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, *ibidem*.

³²⁷ E. ALLORIO, *La cosa giudicata...*, *cit.*, p. 281.

³²⁸ E. REDENTI, *Il giudizio con pluralità...*, *cit.*, p. 109 y ss.

³²⁹ C. VOCINO, «La testimonianza del debitore surrogando», en *Temi Emiliana*, 1940, I, 1, pp. 312-313.

³³⁰ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, *cit.*, p. 271.

de sustitución procesal, en los cuales el legislador prescriba al sustituto la llamada al proceso del sustituido»³³¹. En estos supuestos, producida la llamada, la presencia en el proceso del sustituido da lugar, no a un proceso *litisconsorcial*, sino a un proceso *plurilateral*, porque –según aduce GARBAGNATI– uno sólo, y no varios, es el objeto del proceso; no hay varias lites, sino una sola, con pluralidad de sujetos:

« (...) una sola es la relación jurídica litigiosa, objeto del proceso plurilateral: aquella que existe entre el sustituido y la parte demandada»³³².

§. Otra cuestión –la segunda– que también está en íntima conexión con la presencia en el proceso del sustituido tiene que ver, no ya con su intervención *ab initio* en el proceso cuando la ley lo prevea, sino con una intervención de carácter sobrevenido o sucesivo. Me refiero a la posible intervención, voluntaria o provocada, del sustituido en el proceso³³³.

La intervención voluntaria del sustituido en el proceso instaurado por el sustituto es, según GARBAGNATI, siempre admisible: si el titular de una relación jurídica está por sí mismo legitimado para incoar un procedimiento sobre la misma, *a fortiori* lo está para intervenir en el proceso instado por otro sustitutivamente. Para GARBAGNATI se trata de una intervención adhesiva litisconsorcial o, en términos de SEGNI, *autónoma*³³⁴, ya que el interviniente afirma ser titular de la relación jurídica que es objeto del proceso.

En cuanto a la intervención provocada, GARBAGNATI es de la opinión de que la intervención del sustituido puede ser solicitada tanto a instancia de parte (ya por parte del sustituto cuanto por parte del tercero), como ordenada de oficio por el tribunal. Las exigencias de los artículos 106 y 107 c.p.c. no serían aquí ningún obstáculo, puesto que, en particular, concurre la necesaria conexión, en este caso por identidad entre la relación jurídica del sustituto con el tercero y la relación jurídica entre el sustituido con ese mismo tercero.

§. Además, una última cuestión debe ser abordada en esta sede y es la cuestión de si cabe o no que se verifique una sustitución procesal *in itinere*, como ya inicialmente había afirmado CHIOVENDA. No parece que en este punto GARBAGNATI sea contrario a la entrada en un proceso pendiente de un tercero legitimado por sustitución y a que éste pueda continuar el proceso en lugar del titular de la relación jurídica litigiosa, si éste decide apartarse del proceso. Sin embargo, como casi todos los autores italianos, el autor va todavía más allá y, al considerar que también cabe la sustitución procesal en la parte pasiva o demandada, contempla como hipótesis de sustitución procesal –que él denomina *sucesiva*– la sucesión procesal por causa de intervención, como es, en el Derecho italiano, la llamada en garantía seguida de extromisión del sujeto garantizado que contempla el artículo 108 c.p.c.

³³¹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 272.

³³² E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, ibidem.

³³³ Vid. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 273-275.

³³⁴ A. SEGNI, “Intervento in causa (Diritto processuale civile)”, en *Novissimo digesto italiano*, VIII, Turín, p. 951.

6.7. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA COSA JUZGADA

§. A las relaciones entre sustitución procesal y cosa juzgada dedica GARBAGNATI el último capítulo de su monografía sobre aquella figura. Con ella pretende demostrar, en primer término, que la cosa juzgada material afecta siempre al sustituido de forma directa, incluso aunque no haya participado en el proceso; y en segundo término, que el sustituto procesal, pese a ser parte, no viene afectado por la cosa juzgada material de la sentencia de fondo dictada en el procedimiento por él incoado.

§. Las razones en las que GARBAGNATI sustenta la conclusión de que el sustituido es el sujeto directamente afectado por la cosa juzgada material son las siguientes.

El primer argumento viene ofrecido por el tenor del artículo 81 c.p.c., al limitar a los casos expresamente previstos los supuestos en los que un sujeto puede, en su propio nombre e interés, ejercitar un derecho declaradamente ajeno. En este sentido, la razón de sus conclusiones descansa en que si el sustituido no viniera afectado a la cosa juzgada que se forme en el proceso conducido por el sustituto no se comprendería el motivo para prohibir a sujetos no titulares de la relación jurídica litigiosa instar la tutela de la misma cuando ostentasen un propio interés en el ejercicio de la jurisdicción:

«La sustitución procesal presupone precisamente el poder de un sujeto para hacer valer procesalmente, en el propio interés, un derecho ajeno, de tal forma que la cosa juzgada material derivada de la sentencia pronunciada con él venga a afectar directamente al titular del derecho mismo»³³⁵.

El segundo argumento para sostener la afectación directa del sustituido a la cosa juzgada material atañe al proceso declarativo de condena. En este proceso –aduce GARBAGNATI– el hecho de que la condena deba «ser pronunciada a favor o en contra del sustituido»³³⁶ es motivo suficiente para sostener que es el sustituto, y no el sustituido, el sujeto al que afecta directamente la cosa juzgada material; pues, de lo contrario, se trataría de una condena inútil.

Y, en fin, un tercer argumento consiste en que si la cosa juzgada no afectase directamente al sustituido, en aquellos supuestos en los que la legitimación del sustituto excluya la del sustituido, como en el caso del marido, no pudiendo tampoco afectar al sustituto como GARBAGNATI mantiene, la sentencia sería *inutiliter data*³³⁷.

§. ¿Cómo se armoniza lo anterior con el llamado principio de los límites subjetivos de la cosa juzgada? De entrada, el referido principio se encuentra plasmado en el artículo 2.909 del *Codice civile* italiano, según el cual la cosa juzgada limita sus efectos a «las partes, sus herederos o causahabientes». De él, por tanto, la mayoría de la doctrina ha deducido que la cosa juzgada se forma, como regla, con los sujetos de la relación jurídico-procesal o con sus herederos

³³⁵ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., p. 283.

³³⁶ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, ibidem.

³³⁷ Cfr. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, cit., pp. 284-285.

o causahabientes; y que la afectación del sustituido a la misma constituye una excepción a dicha regla que se explica como una extensión o afectación de la sentencia *ultra partes*. Pues bien, existiendo supuestos de sustitución procesal en los que el sustituido adquiere la condición de parte y supuestos en los que no se verifica este fenómeno, a estos últimos hay que ceñirse a la hora de examinar el problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada, pues es obvio que si el sustituido ha sido parte en el proceso, ningún problema de límites subjetivos puede surgir. Así las cosas, GARBAGNATI apuesta por dar un sentido del llamado principio de los límites subjetivos diverso del tradicional³³⁸.

¿Qué distinto valor es éste? ¿En qué cambia la visión de GARBAGNATI respecto de la doctrina tradicional sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada? La diferencia está en el distinto significado que el autor italiano, siguiendo a ZANZUCCHI, atribuye al concepto de parte al que se refiere el artículo 2.909 del *Codice civile* italiano. Las partes, en este sentido, son entendidas, no como los sujetos de la relación jurídico-procesal, sino, antes al contrario, como los sujetos de la relación jurídica litigiosa, esto es, como los «destinatarios de la concreta voluntad de ley objeto de la declaración jurisdiccional»³³⁹. De ahí que quepa –como hace GARBAGNATI– mantener simultáneamente que, en contra de las apariencias, el sustituto no es sujeto de la cosa juzgada, mientras que sí lo es el sustituido:

«(...) puesto que según la norma del artículo 2.909 del Código Civil [italiano] todas las veces que el juez se pronuncia legítimamente sobre el fondo, la cosa juzgada se forma entre los sujetos de la relación jurídica litigiosa, se comprende que el sustituido, titular de esta relación, esté directamente sujeto a la cosa juzgada, independientemente de su participación en el proceso conducido por el sustituto, no ya por excepción al principio enunciado por el artículo 2.909 del Código Civil (...), sino únicamente por efecto de la legitimación extraordinaria del sustituto para actuar o para contradecir en cuanto al fondo la concreta voluntad de ley de la que el sustituido es destinatario»³⁴⁰.

§. Lógica consecuencia de lo anterior es, por otra parte, que el sustituto no está sujeto a la eficacia de la cosa juzgada material que se deriva de la resolución del fondo dictada en el proceso en el que él fue parte. La eficacia que la cosa juzgada tiene para el sustituto –viene a decir GARBAGNATI– es consecuencia de la afectación del sustituido, en cuanto titular de la relación jurídica que el sustituto deduce en el proceso³⁴¹. De ahí que, ejercitada la acción por el titular de la relación jurídica y habiéndose dictado resolución de fondo, se le pueda oponer al sustituto procesal la excepción de cosa juzgada en un ulterior y segundo proceso sobre el mismo objeto, haciendo valer así la eficacia negativa

³³⁸ «(...) es necesario, en cambio, reconocer decididamente que el llamado principio de los límites subjetivos de la cosa juzgada tiene un valor netamente diverso de aquel que generalmente le atribuye la doctrina» (E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 290).

³³⁹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 291. Cfr., en el mismo sentido, C. MANDRIOLI, *La rappresentanza...*, cit., pp. 136-143.

³⁴⁰ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 292.

³⁴¹ Vid. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 295-299.

o excluyente de la cosa juzgada material de la sentencia del primer proceso. En conclusión, el sustituto está, como dice GARBAGNATI, «sujeto a los *efectos reflejos* de la sentencia que decide, con eficacia de cosa juzgada material, el fondo de la relación jurídica del sustituido»³⁴².

«Se trata propiamente —continúa el jurista italiano— de efectos reflejos de la sentencia como hecho, no de una eficacia refleja de la cosa juzgada»³⁴³.

6.8. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LOS RECURSOS: POSIBILIDAD DE UNA SUSTITUCIÓN PROCESAL *AD RECURSUM*

§. El estudio monográfico de GARBAGNATI finaliza con el análisis del instituto de la cosa juzgada, en los términos que se acaban de ver. Será posteriormente, en un comentario a la sentencia núm. 2658 dictada por la *Corte di Cassazione* italiana (*Sezione I*) con fecha 11 de agosto de 1952, en un supuesto de acción subrogatoria³⁴⁴, cuando GARBAGNATI vaya más allá del comentario de la sentencia y estudie la posibilidad de que el sustituto procesal intervenga por primera en un proceso pendiente entre el sustituido y un tercero interponiendo recurso frente a la resolución definitiva; esto es, lo que podría darse en llamar sustitución procesal *ad appellatum* o, genéricamente, *ad recursum*, aunque la terminología empleada por GARBAGNATI es otra: la sustitución procesal *sucesiva*. Es ésta una hipótesis que debería reconducirse a una intervención procesal, aunque GARBAGNATI le da una denominación diferenciada.

§. Una década después del estudio monográfico dedicado a la figura, se centra nuestro autor en una sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana en la que se confirma una sentencia de la *Corte d'Appello* de Milán que condenó a la recurrente a consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la compañía S.A.I.M.A. en sustitución procesal de la parte demandante, a la sazón deudora suya, que se había aquietado frente a la sentencia absolutoria de primera instancia. Por tanto, a resultas de dicho recurso, la primera sentencia desestimatoria fue anulada en apelación a instancia de un sustituto procesal de la parte demandante, actuando en vía subrogatoria al amparo del artículo 2900 *c.c.It.* Desafortunadamente, no consta en la transcripción parcial de la sentencia ningún dato que permita reconstruir lo sucedido en el momento de notificación de la sentencia de instancia y en el de interposición de la apelación, lo que implica una grave mutilación de los antecedentes fácticos que hubieran permitido comprender cómo operó en este caso la sustitución procesal *ad appellatum*. Con esta precaución, pues, hay que interpretar las conclusiones a las que llega la *Corte di Cassazione* italiana. Y éstas no son otras que las que, por su brevedad, se transcriben a continuación:

«Encuadrada la acción subrogatoria en la categoría de la sustitución procesal, no puede dudarse de que, si las condiciones que la legitiman se producen con

³⁴² E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 301.

³⁴³ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 302.

³⁴⁴ E. GARBAGNATI, “Legittimazione all’appello del sostituto processuale”, en *Il Foro Padano*, 1952, pp. 1034-1035.

respecto al ejercicio del derecho de impugnación, que es, pues, un momento del ejercicio de la acción, en cuanto que el acreedor omite ejercitarlo, el acreedor puede interponer el recurso de apelación y sostener ésta citando también al deudor inerte, sin que incurra en la prohibición del *ius novorum* en apelación, al estar autorizada la sustitución procesal por el artículo 81 *c.p.c.* en relación con el artículo 2900 *c.c.*».

Para la comprensión del caso, hay que tener en cuenta que el recurrente, condenado a resultas de la apelación interpuesta por S.A.I.M.A. en sustitución procesal, alegaba como motivo de casación que esa sustitución procesal violaba el artículo 245 *c.p.c.*, que prohíbe determinadas innovaciones en sede de apelación. Y a esto es a lo que rigurosamente se ciñen tanto la sentencia de casación, como el comentario de GARBAGNATI.

§. La opinión de GARBAGNATI es favorable a la posibilidad de una sustitución procesal *ad recursum*, aunque es de lamentar que omite analizar su tratamiento procesal. Básicamente, el razonamiento del autor se centra en refutar la invocada violación del artículo 245 *c.p.c.* a causa de una sustitución procesal sobrevenida en el momento de la apelación.

De entrada, podría parecer que el ingreso de una nueva parte en el proceso en fase de apelación conculca las previsiones del citado artículo 245 *c.p.c.*, si se sostiene que un mero cambio de uno de los sujetos originarios determina una *mutatio libelli* prohibida. Frente a este planteamiento, GARBAGNATI niega que en los casos de sustitución procesal *ad recursum* se produzca una verdadera *mutatio libelli* por causa de los sujetos.

Si el fundamento de la prohibición de la *mutatio libelli* se encuentra –como mantiene el autor– en el llamado *principio de doble grado de jurisdicción*, según el cual toda controversia ha de poder ser objeto de enjuiciamiento por dos tribunales de diverso grado, el mero cambio subjetivo que, a su juicio, conlleva la sustitución procesal, no compromete el derecho al doble grado de jurisdicción de las partes. La relación jurídica litigiosa sobre la que se proyecta la decisión jurisdiccional es, para GARBAGNATI, la misma tanto en primera como en segunda instancia, aunque ésta no haya sido promovida por la parte originaria en el proceso, sino por un tercero al que la ley reconoce legitimación como sustituto procesal. Y argumenta, *a fortiori*, que por la misma razón es admisible la *intervención adhesiva* en fase de apelación, como hoy es pacífico sin necesidad de recurrir al concepto de sustitución procesal.

7. La difusión de la figura de la sustitución procesal en la doctrina italiana. En particular, los intentos por exportarla al proceso penal

§. En las páginas anteriores se ha pretendido ofrecer las más importantes contribuciones a la figura de la sustitución procesal en la primera mitad del siglo XX en la doctrina italiana. Se ha visto su aparición (CHIOVENDA); sus más firmes detractores (GALANTE, REDENTI, ROCCO, SEGNI y SATTA); la visión de esta figura por quienes han estudiado la legitimación trascendiendo el ámbito procesal (CARNELUTTI y BETTI); y, en fin, las aportaciones realizadas por su mayor estudioso (GARBAGNATI). Esto nos sitúa en la mitad del siglo XX, coincidiendo, como también se ha dicho, con la positivización de

la sustitución procesal en el artículo 81 c.p.c. del período italiano de codificación de entreguerras. A partir de este momento histórico el interés por su estudio en Italia sufre un paulatino desinterés por parte de la doctrina.

Es verdad, de un lado, que la figura se extiende pronto, primero, entre los comentaristas del nuevo código³⁴⁵ y que también su estudio se difunde en manuales³⁴⁶, en los más diversos artículos³⁴⁷, en otras recopilaciones de carácter general³⁴⁸ e incidentalmente en monografías³⁴⁹. Pero se advierten ya pocas novedades (por no decir ninguna) en su contemplación, pues, por lo general, los autores se limitan a matizar opiniones anteriores, a realizar puntualizaciones, a recopilar pareceres, a ampliar o restringir el ámbito de los supuestos, o, en fin, a adherirse a las opiniones ya manifestadas por otros. De ahí que, en aras a la brevedad, me limite a señalar como más importante, por su desconocimiento en España, la aplicación que algunos –pocos– autores han hecho de la sustitución

³⁴⁵ Así, V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, vol. I (*Disposizioni generali*), 2ª ed., Nápoles, 1943, pp. 209-215; C. MANDRIOLI, “Delle parti e dei difensori”, *Commentariodel Codice di procedura civile*, dir. ALLORIO, I, 2, pp. 925-928; P. D’ONOFRIO, *Commento...*, cit., pp. 132-136; M. D’AMELIO, *Il nuovo Codice di procedura civile. Commentario*, Turín, 1943, pp. 385-389; M. RICA-BARBERIS, *Preliminari e commento al Codice di procedura civile*, vol. 1º, reimpr., Turín, 1946, p. 140; y G. NAPPI, *Commentario al Codice di procedura civile*, vol. 1º, parte II, Milán, 1941, pp. 486-488; S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, I (*Diposizioni generali*), Milán, 1966, pp. 272-275.

³⁴⁶ Así, entre otros, V. ANDRIOLI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, parte 1ª, Nápoles, 1959, pp. 298-304, y, después, *Diritto processuale civile...*, cit., pp. 570-573; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I (*Parte generale*), 2ª ed., Padua, 1997, pp. 291-300; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padua, 1943, pp. 243-247; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. II (*Le disposizioni generali*), pp. 156-166 y especialmente, sobre la acción subrogatoria, pp. 169-177; E. FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, 8ª ed., Milán, 1996, pp. 334-338; N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., reimpr., Turín, 1944, pp. 274-277; L. MONTESANO y G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I (*Le disposizioni generali*), 3ª ed., Turín, pp. 266-268; A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, 3ª ed., Nápoles, 1999, pp. 311-316; F. TOMMASEO, *Appunti di Diritto processuale civile. Nozioni introduttive*, 3ª ed., 1995, Turín, pp. 208-210; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 343-351; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I (*Nozione introduttive e disposizioni generali*), 13ª ed., Turín, 2000, pp. 55-58.

³⁴⁷ Vid. M. T. ZANZUCCHI, “La sostituzione processuale civile nel nuovo Codice di procedura civile”, en *Monitore dei tribunali*, 1942, pp. 3-6; y E. GARBAGNATI, “La legittimazione all’apello del sostituto processuale”, en *Il Foro padano*, 1952, pp. 1034-1035;

³⁴⁸ Recopilaciones de entre las que destacan las voces de los diccionarios al uso en Italia. Vid. F. U. DI BLASI, “Sostituzione processuale”, en *Nuovo Digesto italiano*, t. XVIII, 1940, pp. 649-652 y “Sostituzione processuale”, en *Novísimo Digesto italiano*, 1957, pp. 993-998; E. FAZZALARI, “Sostituzione processuale (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, t. XLIII, Milán, 1990, pp. 159-162; C. CECHELLA, “Sostituzione processuale”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, t. XVIII, Turín, 1998, pp. 638-643

³⁴⁹ Vid., por ejemplo, N. TROCKER, *L’intervento per ordine del giudice*, Milán, 1984, pp. 16-19; F. TOMMASEO, *L’estromissione...*, cit., pp. 89-144; G. A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padua, 1978, pp. 115-123; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza...*, cit., p. 261; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria (art. 404 1º comma c.p.c.)*, Milán, 1965, pp. 94 y ss. y *passim*.

procesal fuera del ámbito procesal civil, específicamente en el proceso penal³⁵⁰, aunque la exposición no se ciña exclusivamente a la visión italiana.

7.1. LOS CONCEPTOS DE «PARTE» Y DE «LEGITIMACIÓN» EN EL PROCESO PENAL

§. Como a nadie se le escapa, la primera dificultad que encuentra la importación de la sustitución procesal al proceso penal empieza por el diferente concepto de «parte» que se maneja en este ámbito.

Los obstáculos para trasladar al Derecho procesal penal el concepto de parte, nacido y desarrollado en el ámbito del Derecho privado, radican, muy resumidamente, en la dificultad de concebir una relación jurídico-material de índole penal a cuyos sujetos esté reconocido un derecho subjetivo público a obtener una tutela jurisdiccional concreta. O, dicho más sencillamente, en el proceso penal ni la relación jurídico-penal de carácter material es determinante de la condición de parte en el proceso, ni existe, a favor de ninguna de las partes, el derecho a obtener de los tribunales una tutela jurídica concreta.

La opinión más extendida³⁵¹, por tanto, es que, acaso con las salvedades del imputado y de la víctima (que son sujetos –activo y pasivo– del hecho punible que es objeto del proceso penal), en el proceso penal no hay más que partes en sentido *formal*³⁵², cuya existencia deriva de la forma contradictoria del proceso. «Si no hubiera partes –dice GUARNIERI–, el Estado tendría que inventarlas, porque sin ellas no es posible un proceso»³⁵³. De ahí la necesidad de que exista una parte que acuse (parte acusadora), frente a otra parte que se defienda (parte acusada), aunque éstas, a diferencia del proceso civil, no defiendan derechos materiales propios, nacidos de la *res in iudicio deducta*, como en el proceso civil, sino derechos de naturaleza procesal, a saber: los llamados *ius persecuendi* o *ius ut procedatur*, esto es, el derecho jurídico-procesal de constituirse en parte acusadora (en el caso de la parte acusadora), frente al derecho fundamental de defensa que asiste al imputado *ex* artículo 24.2 CE.

³⁵⁰ El concepto de sustitución procesal ha sido también recibido en ámbitos procesales distintos del civil y del penal, sin apenas variaciones. En este sentido, pueden consultarse los apuntes de ALLORIO en materia de Derecho tributario (*Diritto processuale tributario*, 4ª ed., 1962, y, en Derecho canónico, las observaciones de DELLA ROCA [(“Parti (Diritto processuale canonico)”, en *Novísimo Digesto Italiano*, t. XII, Turín, 1965, pp. 512-511].

³⁵¹ Cfr., en este sentido, J. MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal* (con A. de la OLIVA SANTOS, S. ARAGONESES MARTÍNEZ, R.- HINOJOSA SEGOVIA y J. A. TOMÉ GARCÍA), 6ª ed., Madrid, 2003, pp. 141-143; J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR), III (*Proceso penal*), 11ª ed., Valencia, pp. 58-60; V. MORENO CATENA, *Lecciones de Derecho procesal penal* (con V. GIMENO SENDRA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), 2ª ed., Madrid, 2003, p. 117.

³⁵² Así, F. GUARNIERI, *Las partes en el proceso penal* (traducción al castellano y notas de C. Bernaldo de Quirós, por la que se cita), Puebla, 1952, p. 44-47.

³⁵³ F. GUARNIERI, *Las partes en el proceso penal*, cit., p. 32.

§. Por la misma razón, tampoco puede hablarse en el proceso penal de «legitimación» con el mismo sentido con el que se habla de esta noción en el proceso civil.

Si en el ámbito penal la comisión de un hecho punible no otorga a ningún sujeto un derecho subjetivo al castigo del responsable y, en consecuencia, ninguna de las partes es titular de la potestad sancionadora (que corresponde única y exclusivamente al Estado), no puede entonces afirmarse que la legitimación consista en la cualidad de un sujeto, normalmente derivada de la titularidad de la relación jurídico-material litigiosa, de encontrarse en la posición que fundamenta a su favor la tutela pretendida, según la extendida acepción del prof. DE LA OLIVA SANTOS para el proceso civil.

Ello no impide, empero, modular el concepto de legitimación a las nociones propias de «acción» y de «parte» en el proceso penal, puesto que tanto para constituirse en parte acusadora, como para adquirir la condición de imputado, se exigen, según los casos, ciertos requisitos; requisitos que, por lo general, no se predicán de todo proceso penal en abstracto (como sucede con la capacidad para ser parte y la capacidad procesal), sino que guardan relación con el hecho o hechos punibles que constituyen el objeto de un proceso en concreto, razón por la cual dichos requisitos pueden y deben ser considerados como requisitos de legitimación. El ejemplo más notorio de lo que se acaba de decir lo constituye la exigencia de ser *ofendido* o *perjudicado* por el hecho punible, para constituirse en acusador particular en los delitos públicos y semipúblicos (cfr. artículos 109. I, 110. I, 112 y 281 LECrim).

7.2. RAZONES PARA LA INADMISIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN EL PROCESO PENAL

§. Ahora bien, que pueda llegar a hablarse de *legitimación* en el proceso penal³⁵⁴, no puede significar *per se* que quepa, sin más, vislumbrar en el ámbito del proceso penal los mismos tipos o clases de legitimación que se suelen distinguir en el proceso civil, en función de su correspondencia o no con la titularidad de la relación jurídico-material sobre la que versa el proceso. Esto no significa restar un ápice de valor y fundamento a las distinciones efectuadas por la doctrina entre las figuras del acusador particular y del acusador popular³⁵⁵. Lo que quiere resaltarse, aquí y ahora, es que, fuera del ámbito de la acción civil *ex delicto*, en el proceso penal no cabe detectar supuestos análogos a los detectados en el ámbito privado que merezcan ser encuadrados en la

³⁵⁴ Como, por ejemplo, hacen SERRA DOMÍNGUEZ (“Partes en el proceso”, en *Nueva enciclopedia jurídica SEIX*, Barcelona, 1989, p. 14) u ORTELLS RAMOS (“Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado”, en *La Ley*, 1996, I, pp. 1807-1810).

³⁵⁵ Distinciones que, por conocidas, omito, remitiendo al lector a la bibliografía básica; en particular, a J. MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal* (con A. DE LA OLIVA SANTOS, S. ARAGONESES MARTÍNEZ, R. HINOJOSA SEGOVIA y J. A. TOMÉ GARCÍA), 6ª ed., Madrid, 2003, pp. 149-153; y a J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, t. III, *Proceso penal* (con J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR), 12ª ed., Valencia, 2004, pp. 65-73.

discutible categoría de la legitimación por sustitución. Y ello no es posible, porque:

1º) Respecto de la figura del imputado, la responsabilidad penal es siempre estrictamente personal, de manera que no cabe siquiera concebir que un sujeto resulte responsable penalmente por hechos cometidos por otra persona si al mismo tiempo no ha incurrido personalmente en responsabilidad penal. En nuestro ordenamiento jurídico no existe una suerte de *sustituto procesal del imputado* (como tampoco en el proceso civil hay una sustitución procesal *pasiva*). Y de crearse legislativamente, su constitucionalidad sería más que dudosa, por contravención del aptdo. 1 del artículo 25 CE, en cuya virtud cual nadie pueda «ser condenado o sancionado por acciones y omisiones [*propias*, hay que entender] que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»; del que una de sus manifestaciones, además del *principio de legalidad penal*, es el llamado *principio de culpabilidad* –o *principio de responsabilidad subjetiva*–, aplicable tanto en el ámbito penal como en el sancionador administrativo, que el Tribunal Constitucional³⁵⁶ ha comprendido dentro de la garantía del artículo 25.1 CE y relacionado también con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

2º) Y respecto de las partes acusadoras en el proceso penal tampoco cabe detectar la existencia de supuestos en los que determinados sujetos ejerciten en nombre propio la acción penal declaradamente ajena.

En los delitos públicos y semipúblicos, la amplitud con la que está admitida en nuestro ordenamiento la llamada *acusación popular* (cfr. artículos 19. 1 LOPJ y 101 y 270. I LECrim) deja pocos resquicios para tal posibilidad: todo ciudadano tiene derecho –elevado a rango constitucional; cfr. artículo 125 CE y SSTC 34/1994 y 40/1994, entre otras– al ejercicio de la acción penal, de modo que no hay razón para permitir a un sujeto que ejercite en lugar de otro la acción que a él mismo le está reconocida.

Y respecto de los llamados *delitos privados* (en la actualidad, limitados a los delitos de injurias y calumnias contra particulares sin publicidad; cfr. artículo 104 LECrim y 215 CP), al estar predominantemente interesado en su represión no el interés público del Estado, sino al interés particular del ofendido por el delito, resulta difícilmente admisible la legitimación por sustitución. En estos

³⁵⁶ *Id.*, entre otras, la [STC \(Pleno\) 59/2008, de 14 de mayo](#), sobre varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el artículo 153.1 CP, en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o la interpretativa [STC \(Pleno\) 185/2014, de 6 de noviembre](#), sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al párrafo segundo del artículo 623.1 CP, que castigaba la habitualidad de la falta de hurto y presumía –a juicio del Juzgado proponente de la cuestión– una responsabilidad por el hecho por la existencia de acumulación de denuncias que hacía descansar aquella responsabilidad en el modo de ser o de conducirse en la vida sin necesidad de una sentencia firme de condena, previa la sustanciación de un proceso con todas las garantías.

supuestos la acción penal corresponde «de forma exclusiva y excluyente»³⁵⁷ al agraviado; éste «es el titular único de la acción»³⁵⁸ (en el bien entendido de que ni siquiera en estos casos –como ya pusiera de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA– la acción penal confiere el derecho a una sentencia de contenido determinado «sino mero ejercicio (privativo y exclusivo), de la acción pública»³⁵⁹). A la valoración estrictamente personal del ofendido queda, pues, la decisión de ejercitarla³⁶⁰. Por este motivo debe excluirse toda suerte de sustitución procesal.

Tal vez pudiera pensarse que al no estar comprometido en esta clase de delitos el interés público del Estado, la acción penal del ofendido podría ser ejercitada, por ejemplo, por un acreedor del ofendido actuando en vía subrogatoria. Sin embargo, precisamente porque el interés protegido en estos supuestos (los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) es exclusivamente el del ofendido, la acción debe considerarse personalísima a los efectos del artículo 1111 CC, de tal manera que el resquicio que pudiera abrir el artículo 1111 CC lo cierra el mismo precepto³⁶¹.

§. A idéntico resultado negativo han llegado la mayor parte de la doctrina italiana que ha abordado este tema (si bien sólo desde la perspectiva del imputado). Según la opinión más difundida, la naturaleza estrictamente personal que tiene la condición de imputado convierte en inútil cualquier esfuerzo por dar una formulación científica a la sustitución procesal en el campo penal³⁶².

³⁵⁷ J. A. ROBLES GARZÓN, “El acusador privado”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núms. 2-3, p. 535.

³⁵⁸ J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, t. III, *Proceso penal*, cit., p. 74; cfr., en el mismo sentido, J. MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal*, cit., p. 154.

³⁵⁹ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, 1951, p. 249.

³⁶⁰ «Se trata de supuestos –mantiene PÉREZ GIL– en los el Estado defiende la persecución penal exclusivamente a la voluntad del sujeto agraviado y la intervención del MF, cuanto más la de terceros ajenos a la comisión del delito, quedan descartadas» (*La acusación popular*, Granada, 1998, pp. 439-440).

³⁶¹ Vale aquí, *mutatis mutandis*, lo que JORDANO FRAGA (*El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria*, Madrid, 1996, pp. 57-59) sostiene respecto de la exclusión del ámbito del art. 1111 CC de la acción civil indemnizatoria por daños morales. Para este autor, la razón de dicha exclusión no hay que buscarla en la pretendida naturaleza extrapatrimonial del derecho a la indemnización de los daños morales, puesto que el derecho a la indemnización tiene un indudable carácter patrimonial, por más que la lesión de la que trae causa este derecho afecte a la esfera estrictamente personal del ofendido (el honor, la intimidad o la propia imagen). El verdadero motivo que excluye el mecanismo subrogatorio en estos supuestos reside en la inherencia del criterio del titular respecto del ejercicio del derecho: este ejercicio es insustituible por sus acreedores, porque «conlleva una apreciación personal en la que influyen de modo terminante factores morales y de conveniencia no exclusivamente patrimonial» (*op. cit.*, pp. 58-59). Luego, si resulta inadmisibles ejercitar subrogatoriamente la acción civil por daños morales derivados de una lesión al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen –salvo, acaso, en el proceso de ejecución (*vid.* F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 60-61)–, *a fortiori* debe excluirse también el ejercicio de la acción penal derivada de la lesión a los mismos derechos, por estar implicadas las mismas valoraciones insustituibles del ofendido.

³⁶² Así, F. U. DI BLASI, “Sostituzione processuale”, en *Nuovo Digesto italiano*, t. XVIII, 1940, p. 651, y, por último, en *Novísimo Digesto italiano*, 1957, p. 997; E. M. DELL’ANDRO, “Sostituzione b), Diritto processuale penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLIII, Milán,

7.3. ALGUNOS INTENTOS POR DETECTAR SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN PROCESAL EN EL PROCESO PENAL POR LA DOCTRINA ITALIANA

§. Lo anterior, no obstante, no ha impedido que algunos autores italianos hayan tratado de aplicar la figura de la sustitución procesal al campo de lo penal, no sin ciertas dificultades. Los intentos –más cargados de intención y voluntad que de argumentos– por aplicar la sustitución procesal al proceso penal datan de las primeras décadas del siglo XX y están representados por los trabajos de Vincenzo LANZA, de Domenico RENDE y de DE MAURO³⁶³.

§. De entre estos autores, fue LANZA quien por primera vez aplicó la figura de la sustitución procesal al proceso penal, en un comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana de 5 de junio de 1914, donde se analiza la validez de una querrela por injurias presentada por el marido sin el consentimiento de su esposa, tal y como autorizaba la ley procesal penal ya derogada³⁶⁴. Aunque la sentencia de casación acepta la validez de dicha querrela sin necesidad de recurrir al concepto de sustitución procesal ni al de representación, el autor pone el caso en relación con lo que para él es el «principio de la sustitución procesal», entendido éste como instituto autónomo existente en el derecho procesal penal.

Este instituto, aplicado al caso contemplado en la sentencia, consistiría –según el autor italiano– en la «posibilidad por quien no es portador del derecho violado ni sujeto del daño, de presentar la querrela, es decir, de iniciar, es más, de dar vida al proceso penal, sin poder invocar contemporáneamente la violación de un derecho suyo que forme el objeto del delito, ni de un daño que *se le haya producido* por el delito mismo»³⁶⁵. Aunque esta posibilidad había desaparecido ya de la legislación italiana al tiempo del comentario de LANZA, el autor va más allá avistando supuestos de sustitución procesal en los casos permitidos por el entonces nuevo *Codice di procedura penale* de 1913 de impugnación de resoluciones desfavorables por parte de los allegados próximos al imputado.

§. Domenico RENDE, por su parte, profundizó en la labor iniciada por LANZA, si bien rebatiendo sus observaciones³⁶⁶.

Así, frente a la postura de LANZA, que ve en el marido que presenta una querrela por su mujer una hipótesis de ejercicio de un derecho procesal propio para la tutela de un derecho material ajeno, RENDE sostiene que aquí el marido

1990, p. 163; y V. MANZINI, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. de la 3ª ed. italiana a cargo de S. Sentís Melendo, con prólogo de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1951, t. II, p. 8.

³⁶³ Vid. también G. ESCOBEDO, “Rappresentanza e sostituzione processuale” en *La Giustizia Penale. Rivista critica di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, vol. XL, parte 3ª, Roma, 1934, pp. 610-665

³⁶⁴ V. LANZA “Sostituzione processuale e rappresentanza in tema di querela”, en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1914, I, pp. 501 y ss.

³⁶⁵ V. LANZA “Sostituzione processuale e rappresentanza...”, *loc. cit.*, p. 501.

³⁶⁶ D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale nel processo penale”, en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1914, I, pp. 664 y ss.

no actúa en condición de sustituto procesal, «sino como representante del ofendido»³⁶⁷; y ello, básicamente, porque si resultaba ya dudoso antes de la nueva legislación procesal penal que el marido fuese representante de la esposa, el nuevo tenor literal de la ley, al emplear la expresión «en representación», suprimía todo margen para la duda. Además, y con referencia a la legislación de 1913, el autor contesta a LANZA que tampoco puede contemplarse como una hipótesis de sustitución procesal –sino como un supuesto de representación– la impugnación de resoluciones favorables por parte de los parientes próximos al imputado. La razón está en que en tales casos el allegado impugnante no se convierte en parte en el proceso penal por el hecho de la impugnación, de manera que, como argumenta este autor, si no estamos en presencia de una parte, *a fortiori* no puede tratarse de un sustituto procesal³⁶⁸. Estas personas, como dice RENDE, pueden tener un *interés moral*, «pero esto no justificaría la sustitución procesal y, por ello, no tienen derecho a la notificación de la resolución a impugnar»³⁶⁹.

Lo anterior, empero, no significa para RENDE que deba excluirse la sustitución procesal del ámbito penal, figura que el autor concibe como un *tertium genus* «entre la *parte directamente interesada* en el proceso y el representante *que no es parte*»³⁷⁰.

A su juicio, estamos en presencia de una sustitución procesal *activa* en los tres siguientes supuestos:

a) En primer lugar, en el caso de la acción penal popular en materia electoral. En este sentido, el hecho de que, según la legislación electoral italiana de 1912, «todo elector» pudiera promover la acción penal «constituyéndose en parte civil» respecto de determinados delitos implicaba, para este autor, una sustitución procesal; sustitución en la que la persona sustituida es el Ministerio Fiscal, en cuanto que éste es el órgano al que normalmente corresponde promover, con carácter exclusivo y excluyente, el *ius puniendi* del Estado³⁷¹.

³⁶⁷ D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale...”, *loc. cit.*, p. 664.

³⁶⁸ «Si –dice este autor– parte en causa no es [el allegado], significa que no actúa en nombre propio y entonces pierde la característica principal del sustituto procesal para permanecer como un simple representante» (D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale...”, *loc. cit.*, p. 669).

³⁶⁹ D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale...”, *loc. cit.*, p. 669.

³⁷⁰ D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale...”, *loc. cit.*, p. 668.

³⁷¹ «Aquí el elector –afirma RENDE– asume la figura de *sustituto procesal* del Ministerio Público» (D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale...”, *loc. cit.*, p. 671). Hay que señalar que para este autor el hecho de que la sustitución se produzca para actuar como parte civil en el proceso penal no significa que el elector sólo tenga, según el tenor de la norma, el derecho de constituirse en parte civil, y no el de sustituir a nadie en el ejercicio de la acción penal. Antes al contrario, la interpretación de la dicción legal debe hacerse, según este autor, en el sentido de que constituirse en parte civil es la *forma* en que está permitida la sustitución procesal, y ello pese a que el elector en cuestión no ostente la condición de perjudicado por el delito. Lo importante para RENDE es que, además del Ministerio Fiscal, un particular pueda promover la acción penal, no importando la forma en que ésta se promueva.

Por el contrario, para MANZINI (*Tratado, cit.*, p. 9) en la acción penal el llamado *actor civil* «no ejercita un derecho ajeno, sino un derecho propio».

b) En segundo lugar, también constituía, según RENDE, un supuesto de ejercicio en nombre propio de la acción penal por un derecho ajeno la posibilidad que brindaba la anterior legislación a todo ofendido de pedir la citación de una persona también imputada por delitos de difamación o de injurias. Y ello, porque, aunque se obre aquí «*también por un derecho propio*», el derecho ejercitado es el «derecho subjetivo de punir correspondiente al Estado»³⁷².

c) Y en tercer y último lugar, para RENDE constituye otro supuesto de sustitución procesal la posibilidad de que ciertos familiares y los herederos de un difunto se querellen por hechos delictivos padecidos por el fallecido en vida de éste o cometidos en su memoria. En este punto, rectificando una opinión inicial según la cual estábamos en presencia de un supuesto de representación, viene a mantener el autor que se trata de una hipótesis de sustitución procesal, en la que, como puede fácilmente colegirse, la persona sustituida sería, ni más ni menos, que una persona ya fallecida³⁷³.

Esta forma amplia y poco técnica de contemplar la sustitución procesal activa en el proceso penal italiano también se advierte en los casos que RENDE detecta de sustitución procesal *pasiva* y que no son, en realidad, sino supuestos de *responsabilidad subsidiaria*, como la establecida para los delitos cometidos por medio de la prensa. Según este punto de vista, la llamada por los franceses «*responsabilité par cascades*» conduce, además de a una sustitución en la relación material, a una sustitución en la relación jurídico-procesal; sustitución que se manifiesta, según el autor, en que la actividad procesal realizada por o contra el sustituto «tiene también eficacia en contra o a favor de la persona responsable sustituida»³⁷⁴, de donde se justifica, por parte del autor, la apelación a la figura de la sustitución procesal.

§. DE MAURO, por último, en su trabajo sobre “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, publicado en 1933, aborda un estudio más sistemático -si bien, a mi juicio, no mucho más acertado- sobre nuestra figura en el campo penal.

El punto de partida del autor lo constituyen las elaboraciones sobre la sustitución procesal en el ámbito del Derecho privado, del que DE MAURO lo pretende exportar para aplicarlo al proceso penal. Así, tomando como referencia los estudios la doctrina germana y los trabajos de CHIOVENDA y de CARNELUTTI, define al sustituto procesal como «aquel que, pese a no ser titular del derecho, tiene la facultad de realizar actos de disposición

³⁷² D. RENDE, “Rappresentanza e sostituzione processuale...”, *loc. cit.*, p. 673.

³⁷³ «Entendemos —subraya este autor— que el ofendido y, por tanto, el titular de la relación material, es siempre el difunto (o la memoria de él), y que las personas antedichas están en juicio *en nombre propio por el derecho del difunto*» (D. RENDE, “Sostituzione e rappresentanza...”, *loc. cit.*, p. 675).

En cambio, para otros autores se trata de un derecho propio del heredero o familiar, porque no puede existir representación ni sustitución procesal de un difunto cuya personalidad está, por tanto, extinguida (así, por todos, V. MANZINI, *Tratado...*, *cit.*, p. 9).

³⁷⁴ D. RENDE, “Sostituzione e rappresentanza...”, *loc. cit.*, p. 676.

procesales»³⁷⁵, inferida esta facultad de una particular situación del sujeto³⁷⁶ distinta de la de ser representante³⁷⁷. Vaya por delante, no obstante, que las diferencias con la figura de la representación son más evanescentes que firmes, porque para este autor algunos de los supuestos de sustitución procesal son hipótesis que sin duda caen en la órbita de la representación y otras figuras afines.

¿Qué supuestos de sustitución procesal, según DE MAURO, conoce el Derecho procesal penal italiano?

a) En primer término, cabe ver, según el autor citado, un supuesto de sustitución procesal en la demanda de revisión de la condena presentada por los allegados próximos al condenado, porque los efectos de la revisión benefician siempre al condenado mismo, y no a sus familiares³⁷⁸.

b) En segundo término, también constituye una hipótesis de sustitución procesal el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal en sustitución del perjudicado incapaz cuando a éste no le ha sido nombrado un representante legal. Aquí mantiene DE MAURO que el carácter híbrido de las funciones del Ministerio Fiscal ha sido llevada hasta el punto de hacer de él un sustituto procesal del perjudicado, en quien permanece siempre –según este autor– la titularidad del interés a la reparación, en contra de lo que sucedería si se tratara de un caso de representación³⁷⁹.

c) En tercer término, también es un caso de sustitución procesal las impugnaciones presentadas en nombre propio por el abogado defensor del imputado *ex* artículos 192 y 193 del *Codice di procedura penale* de 1913, según los cuales el propio imputado puede hacer ineficaz la impugnación, salvo que ésta se dirija contra una resolución de condena a la pena de muerte³⁸⁰. En contra de las opiniones que mantienen que se trate de un supuesto de representación, DE MAURO entiende que se trata de una facultad impugnatoria concedida al abogado mismo, de suerte que éste ejercita en propio nombre un derecho ajeno con efectos para su titular. De ahí que, por los eventuales efectos dañosos que podrían seguirse para éste (pero que DE MAURO no refiere), el condenado pueda, salvo en caso de pena de muerte, hacer ineficaz la impugnación mediante una declaración de voluntad suya contraria.

d) En cuarto término, también es sustitución procesal, y no representación, la presentación de una querrela por parte del padre o el tutor del menor de edad o

³⁷⁵ G. B. DE MAURO, “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, *loc. cit.*, p. 1172.

³⁷⁶ Cfr. G. B. DE MAURO, “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, *loc. cit.*, pp. 1171 y 1173.

³⁷⁷ De las –a estas alturas, bien conocidas– diferencias entre sustitución procesal y representación, *vid.* G. B. DE MAURO, “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, *loc. cit.*, pp. 1171-1174.

³⁷⁸ G. B. DE MAURO, “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, *loc. cit.*, p. 1173.

³⁷⁹ G. B. DE MAURO, “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, *loc. cit.*, p. 1175.

³⁸⁰ *Vid.* G. B. DE MAURO, “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, *loc. cit.*, pp. 1175-1176.

del incapaz y por parte del curador que le son nombrados en defecto de aquellas personas. La razón aquí para ver un supuesto de sustitución procesal radica en que el ejercicio del derecho de querrela corresponde a aquellos sujetos, al tiempo que permanece en estos últimos la titularidad de los bienes jurídicos lesionados por el delito³⁸¹.

e) Y en cuarto y último término, también constituye un supuesto de sustitución procesal la previsión -de carácter indirecto- que permite a cualquier interesado -y, por tanto, también a los sustitutos procesales antedichos, según DE MAURO- recurrir las medidas cautelares adoptadas por el juez de guardia.

§. Como fácilmente puede advertirse, a las dificultades propias de la labor de importar al campo penal una figura -como la sustitución procesal- nacida y creada para la satisfacción de intereses jurídico-privados, se une la nebulosidad e indeterminación que rodean los eventuales supuestos de sustitución procesal en el proceso penal italiano según su primera doctrina. La construcción de una sustitución procesal *penal* ha sido imperfecta, cuando no directamente errónea³⁸². Sin embargo, ello no ha sido obstáculo a que la manualística más extendida tampoco haya escapado al influjo de aplicar la figura de la sustitución procesal al ámbito penal, sin que algunos de los defectos advertidos ya en su inicio hayan sido enmendados merced a la reflexión inherente al correr de los años.

De un lado, hay, sí, quienes han corregido la naturaleza del abogado defensor que interpone recursos por el acusado. En este sentido, LEONE considera que «la sustitución procesal no presenta ningún punto de encuentro con el defensor»³⁸³. Y ello, porque éste ni tiene nada que ver con el derecho que se hace valer en juicio; ni está en el proceso por el imputado, que, según la visión sobre la sustitución procesal más extendida, debería quedar al margen del mismo en cuanto sujeto sustituido; ni sus facultades y funciones tienen un origen legal, sino consensual; ni, en fin, actúa por un interés propio.

Pero, de otro lado, hay también quienes han continuado viendo en el proceso penal supuestos de lo más variado de sustitución procesal. Así, si nos atenemos a las obras de DE MARSICO³⁸⁴ y a la de MANZINI³⁸⁵, por citar sólo a dos importantes procesalistas penales, nos encontraremos con que, además de la figura del abogado defensor que impugna la condena a la pena de muerte del imputado, son supuestos de sustitución procesal: a) el de la revisión presentada por allegados próximos o por el tutor del condenado; y b) el de la querrela presentada por los padres o tutores de un menor de catorce años o de un incapaz.

³⁸¹ Vid. G. B. DE MAURO, "I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale", *loc. cit.*, p. 1178.

³⁸² Entiéndase bien: me refiero a la acción penal, y no a la acción civil *ex delicto*.

³⁸³ G. LEONE, *Trattato di Diritto processuale penale*, I (Dottrine generali), Napolés, 1961, p. 588.

³⁸⁴ A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, 4ª ed. actualizada por G. D. Pisapia, Nápoles, p. 44.

³⁸⁵ MANZINI, *Tratado...*, *cit.*, p. 8.

7.4. LA INEXISTENCIA DE SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN PROCESAL EN EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

§. Las anteriores opiniones favorables a la sustitución procesal penal no desvirtúan las razones que se han aducido al inicio de esta sección para negar la aplicación de esta discutida figura al proceso penal. ¿O, acaso, cabría mantener en nuestro ordenamiento que constituye un supuesto de sustitución procesal penal la revisión instada, de conformidad con lo previsto en el artículo 955 LECrim, por los familiares próximos del penado fallecido, «con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable»?

La pregunta no es sólo retórica, ya que, si no me equivoco, esta legitimación de parientes y allegados en el proceso de revisión penal constituiría el supuesto más cercano a una hipotética *sustitución procesal penal* en nuestro ordenamiento. Ningún autor, ni bajo la vigencia del originario artículo 955 LECrim, ni desde su reforma mediante la Ley 10/1992, ha mantenido que la legitimación de terceros en el proceso de revisión penal constituya un supuesto de sustitución procesal. Ciertamente es que la citada reforma fue más allá de las recomendaciones del Tribunal Constitucional que cuestionaron la constitucionalidad del monopolio del Ministerio Fiscal para promover la revisión penal³⁸⁶. Pero no es menos cierto que, salvo en el caso del condenado, la determinación de qué personas pueden interponer la demanda de revisión es cuestión de mera legalidad ordinaria, sujeta a criterios de política criminal, que el legislador puede atribuir a discreción otorgando, entonces, un derecho de impugnación propio, y no ajeno.

Es más, incluso admitiendo, a efectos puramente argumentativos, que efectivamente el artículo 955 LECrim confiriera a terceros el derecho a ejercitar en nombre e interés propio un derecho de impugnación ajeno, todavía quedarían por resolver importantes cuestiones. Pues, ¿en virtud de qué poderosa razón habría que importar al ámbito penal una categoría que tuviera por contenido un único supuesto? ¿Sería determinante esto de un régimen jurídico especial? ¿En verdad el proceso de revisión penal presentaría peculiaridades en razón de esa especial legitimación de terceros? Y, en todo caso, ¿cómo sostener cabalmente que el sujeto sustituido es una persona difunta? En suma, cualquiera que sea el ángulo desde el que se mire, carece de sentido recurrir a la figura de la sustitución procesal para explicar la legitimación de parientes y allegados en el proceso de revisión penal.

³⁸⁶ Sobre este particular, *vid.* las SSTC 7/1991, de 30 de marzo, y 124/1984, de 18 de diciembre, y, en la doctrina, S. BARONA VILAR, “La legitimación en el proceso de revisión penal”, *Justicia*, 1993, II, pp. 237-252.

CAPÍTULO IV

La recepción y el desarrollo doctrinales de la sustitución procesal en España

1. La introducción de la sustitución procesal en España de la mano de PRIETO–CASTRO y de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO

§. Elaborada, como se ha visto, primero por la doctrina alemana y, después, por la italiana en la primera mitad del siglo XX, la sustitución procesal será importada a nuestro país también por obra de importantes autores de nuestra doctrina, cuyas contribuciones, no obstante, apenas si consistieron, en los momentos iniciales, en acomodar los supuestos señalados por la doctrina extranjera a las referencias de nuestro ordenamiento³⁸⁷.

§. La primera referencia directa a la sustitución procesal data, salvo error u omisión por mi parte, del año 1932, cuando aparece en las anotaciones de PRIETO–CASTRO a los *Elementos* de KISCH que él mismo tradujo al castellano³⁸⁸. Concretamente, hay que buscarlas en sus anotaciones al hilo de la legitimación³⁸⁹, aunque, obviamente, el grueso de sus aportaciones está en su *Derecho procesal civil* y en su *Tratado de Derecho procesal civil*. Pero vayamos por partes.

§. En los pasajes anotados a la obra de KISCH, PRIETO CASTRO apunta que el aspecto más importante de la legitimación consiste precisamente en los casos que ahora nos ocupan, esto es, en la «legitimación de personas distintas de los titulares», «posible de llamarse entonces –agrega el autor- *sustitución en la*

³⁸⁷ Como ha puesto de manifiesto MONTERO AROCA (*La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 30-31, nota 32), antes de la Guerra Civil española la obra procesalista de mayor utilidad eran los *Principios* de CHIOVENDA, donde el maestro italiano, más que estudiar con detenimiento la legitimación en el proceso civil, «incidía especialmente en la por él llamada sustitución procesal».

³⁸⁸ Antes de este momento no existe en nuestra literatura procesalista ninguna referencia a la noción, siquiera germinal, de sustitución procesal. Durante el siglo XIX la única obra digna de mención la constituye el *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855* de José de VICENTE Y CARAVANTES, sin que en ella se atisbe una referencia a nuestra figura. Y ya en el siglo XX, como se dice en el texto principal, hay que esperar a los influjos de la doctrina extranjera para encontrar las primeras observaciones sobre el fenómeno de la legitimación por sustitución. En este sentido, debo señalar particularmente, en relación con el período anterior al año 1932, que no se ha podido disponer de otro trabajo de BECEÑA distinto de *Magistratura y justicia* (Madrid, 1928) y que en él no se alude al poder de disposición procesal en el que otros autores (cfr. L. PRIETO–CASTRO, *Cuestiones de Derecho procesal*, Madrid, 1947, p. 40; y J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 30) han visto un trasunto de la legitimación por sustitución.

Por lo demás, huelga decir –aunque no está de más señalarlo– que la LEC de 1881 omitía toda referencia la legitimación y, por extensión, a la sustitución procesal. Ambos son conceptos doctrinales que la doctrina procesalista del siglo XX se vio abocada a elaborar al margen de las fuentes legales entonces en vigor.

³⁸⁹ Vid. las anotaciones de PRIETO–CASTRO en W. KISCH, *Elementos...*, cit., p. 111.

capacidad procesal»³⁹⁰. Con esta calificación nuestro autor en realidad estaba dando al aspecto tratado por KISCH su propia visión, ya que, frente al tratamiento de fondo predicado por el alemán, PRIETO-CASTRO sugería con su nomenclatura –sustitución en la *capacidad procesal*– la naturaleza de presupuesto procesal de una categoría que, en el pensamiento de este autor (como se deduce de los supuestos que a continuación siguen ilustrando esta idea), es más próxima a la por entonces extendida *legitimatío ad processum* que a la *Sachlegitimation* alemana.

En este primer acercamiento del autor español a la sustitución procesal PRIETO-CASTRO señala como supuestos de «sustitución en la capacidad procesal» existentes en el ordenamiento español los siguientes:

- a) «el marido en la gestión procesal de los bienes dotales (a tenor del –ya derogado– artículo 1357 CC), [el cual] es propiamente un tenedor de la legitimación»;
- b) los acreedores que ejercitan *ex* artículo 1111 CC los derechos y acciones del deudor;
- c) «el administrador del abintestato (artículo 1008 LEC [de 1881]) y los síndicos de los concursos (artículo 1218 LEC [de 1881]) y quiebras (artículo 1366 LEC [de 1881]) y –en parte– los interventores de las suspensiones de pagos (artículo 5.4º.II ap. 2 de la Ley de 26.VII.1922), [que] según la opinión dominante, son tenedores de la legitimación; en los casos de concursos, quiebras y suspensiones, por privación de ella a los titulares de los derechos».

§. Por su parte, en el año 1936 aparecen las anotaciones de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO al manual *Derecho procesal civil* de GOLDSCHMIDT, traducido también por PRIETO-CASTRO³⁹¹. Al hilo de la exposición sobre la sustitución procesal en la obra del autor alemán, ALCALÁ-ZAMORA apunta que esta figura existe también en nuestro ordenamiento pese a no haber ocupado la atención de nuestra doctrina. Su existencia se deduce de la de unos cuantos casos en los que cabe ver que «una parte actúe en nombre propio, pero respecto de un derecho ajeno», a saber:

- a) la actuación del marido en relación con los procesos relativos a los bienes dotales, de conformidad con el antiguo artículo 1357 CC;
- b) el acreedor que, en virtud del artículo 1111 CC, ejercita los derechos y acciones de su deudor;
- c) los síndicos de los concursos y de las quiebras, de conformidad con los ya derogados artículos 1218 y 1366 LECA; y
- d) el administrador del abintestato (artículo 1008 CC).

Ahora bien, acerca del tratamiento procesal que debe recibir la sustitución procesal en nuestro ordenamiento ALCALÁ-ZAMORA no dice nada en esta sede, por lo que hay que entender que, puesta en relación la sustitución procesal

³⁹⁰ Anotaciones de PRIETO-CASTRO en W. KISCH, *Elementos...*, *cit.*, p. 111. La cursiva es mía.

³⁹¹ *Vid.* las anotaciones de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO en J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil...*, *cit.*, p. 194.

con el concepto de legitimación, le debe ser predicable el tratamiento procesal de ésta, depurable en el proceso, según el autor, a través de la excepción dilatoria del núm. 4 del artículo 533 de la LEC de 1881.

§. A partir de este momento, la noción de sustitución procesal se extiende por la doctrina española, que empieza a divulgarla a través de artículos sobre la legitimación, como en el caso de ENCISO; mediante conferencias, como en el caso de CHARRIN³⁹²; o mediante los primeros manuales de Derecho procesal.

Bastará por ahora destacar que, en el mismo año 1936, ENCISO publica su tesis doctoral sobre la legitimación, red denominada por él, siguiendo a BECEÑA, «facultad de disposición procesal»³⁹³. Para este autor el hecho de que esta facultad no se identifique con la titularidad del derecho material se demuestra con la existencia de «una buena cantidad de casos en los que no es tampoco la afirmación de aquella titularidad la que justifica la actuación como parte». Y ejemplifica los mismos con los supuestos del artículo 507 (sobre reclamación por el usufructuario de los créditos vencidos que formen parte del usufructo), 1111 (que reconoce la acción subrogatoria), 1869 (sobre acciones correspondientes al acreedor pignoraticio) del Código Civil, así como los artículos 1008 y 1181 LECA (sobre, respectivamente, el administrador del abintestato y el depositario-administrador del concurso de acreedores)³⁹⁴. En estos casos, dice el autor, la facultad de disposición procesal es concedida por la ley –como ya habían señalado los autores italianos– en virtud «de la titularidad de una relación o situación jurídica conexiónada o dependiente de la que es objeto del proceso»; y, específicamente en el caso de la acción subrogatoria, la facultad de disposición procesal del acreedor «no excluye la del titular de la relación jurídica material o deudor»³⁹⁵.

Todos estos casos tienen en común, según ENCISO, la comparecencia de un sujeto en nombre propio. Pero no como titular de la relación o situación jurídica deducida en el proceso, sino, antes al contrario, como un *no titular* de la misma. Y, también según este autor, éstos son los casos más difíciles de resolver en lo que toca a su tratamiento procesal, si bien termina afirmando que la facultad de disposición procesal del sujeto agente puede controlarse por medio de la excepción dilatoria de falta de «carácter» de la parte de la LEC de 1881 (cfr. artículo 533. 2º y 4º LECA), para que se examine con carácter previo al fondo del asunto. Es decir, su tratamiento procesal responde al de las excepciones

³⁹² A. CHARRIN, “Conferencia sobre el concepto de parte” leída en la Real Academia de Jurisprudencia el 28 de mayo de 1948, extracto publicado en *Revista de Derecho Privado*, 1948, p. 607.

³⁹³ La tesis de Ángel ENCISO, denominada “Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, fue publicada en la *Revista de Derecho Privado* del año 1936, en los números de abril (pp. 126-133), mayo (pp. 165-175) y junio (pp. 210-228); en el de mayo (p. 171) justifica la nueva denominación en la ventaja de que expresa «con bastante claridad su contenido. Porque recuerda inmediatamente al poder de disposición del Derecho material».

³⁹⁴ *Vid.*, sobre estos y otros casos asimilados a ellos, Á. ENCISO, “Acción y personalidad...”, *loc. cit.*, junio, p. 224-228.

³⁹⁵ Á. ENCISO, “Acción y personalidad...”, *loc. cit.*, junio, p. 217.

procesales que en el juicio de mayor cuantía podían, en su caso, ser propuestas y resueltas como excepciones dilatorias.

§. Por otro lado, también en estas décadas la sustitución procesal trasciende el ámbito doctrinal y aparece por primera vez empleada por el Tribunal Supremo³⁹⁶, en sentencia de la Sala 1ª de 6 de noviembre de 1941 (RAJ 1222). En concreto, en los «considerandos» de esta sentencia la sustitución procesal resulta caracterizada, en contraposición con la representación, como la actuación «en juicio por un derecho ajeno siendo parte el sustituto al que siempre liga un interés con el sustituido». Y añade:

«(...) esta posibilidad de actuar en juicio en representación y *por sustitución* de uno de los sujetos de la relación procesal, queda implícitamente reconocida en nuestro ordenamiento entre otros preceptos, por el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando previene que a toda demanda o contestación “deberá” acompañarse necesariamente del documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presenta en juicio en el caso de tener la representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que se reclame provenga de habérselo otro transmitido o por cualquier otra causa; y el incumplimiento de este precepto (...) han de apreciarlo de oficio los Tribunales (...) porque éstos no pueden resolver una relación jurídica a la que falten *condiciones de validez*, como son *aquellas en que el sujeto pasivo de la acción procesal no figure en el pleito por haberse pretendido o intentado su sustitución indebidamente*» (la cursiva es mía).

Hay que indicar –para la debida comprensión de las afirmaciones de esta sentencia– que el caso analizado arranca de la demanda que un médico interpone contra el consignatario de una compañía naviera para que se le paguen los honorarios profesionales devengados por los servicios prestados a requerimiento de ésta. Condenado el demandado en primera y segunda instancia, el demandante recurre en casación al objeto de *extender* la condena obtenida frente al demandado a la propia compañía naviera propietaria del buque, que ni fue demandada ni intervino en el proceso –no fue parte–, acudiendo para ello al concepto de sustitución procesal (*pasiva*, se sobreentiende). Hay que apuntar, para no considerar extravagante el recurso,

³⁹⁶ No constituye un antecedente jurisprudencial del concepto propiamente dicho de sustitución procesal la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de marzo de 1929 (RAJ núm. 6, tomo III, año 1929), citada por GÓMEZ ORBANEJA [*Derecho procesal civil...*, I (*Parte general. El proceso declarativo ordinario*), cit., p. 144)]; y ello, porque, versando sobre la legitimación del marido para conducir procesos referidos a bienes contratados por la esposa, da a entender que estamos ante una representación tácita en la que, como literalmente se afirma en su tercer *considerando*, el marido «no necesita verificarlo [esto es, la reclamación en juicio] *expresando* que lo hace en la *representación* de su mujer, *que le concede* el art. 60 del mismo Código [Civil]» (la cursiva es mía).

Por lo demás, baste señalar que la primera sentencia en la que aparece el término *legitimación* es de apenas un par de años antes. Se trata de la sentencia del TS (Sala 1ª) de 10 de febrero de 1940 (citada también por GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 146; por DE MIGUEL Y ALONSO, voz “Legitimación procesal”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, Barcelona, 1974, p. 62, nota 29; y por M. MORÓN PALOMINO, *Reflexiones acerca de la legitimación...*, loc. cit., p. 479). Antes de estos momentos, la jurisprudencia hacía referencia a la legitimación aludiendo a la falta de acción del actor o del demandado, en contraposición a las cuestiones de personalidad, con las que venía muy a menudo confundida.

que la doctrina procesalista alemana, a partir de su ordenamiento positivo, sí veía en el capitán de la nave un sustituto procesal del naviero. Esto lo rechaza el Tribunal Supremo, pero lo hace con consideraciones apodícticas sobre la sustitución procesal y sobre su pretendido régimen de tratamiento de oficio, cuando le hubiera bastado con señalar que el artículo 287 CCom español no permite –empléese o no los términos de sustitución procesal– que la pretensión deducida exclusivamente frente al factor mercantil comprenda *también* la condena del principal pese a no haber sido demandado en el proceso.

2. La sustitución procesal en la obra de PRIETO–CASTRO

§. El desarrollo del pensamiento de PRIETO–CASTRO sobre la sustitución procesal se efectúa bajo la denominación de «desplazamiento de la legitimación»³⁹⁷.

Esta preferencia terminológica la justifica PRIETO–CASTRO en que «es preferible hablar de *desplazamiento de la legitimación* porque (...) [en la sustitución procesal] no es cierto que el titular material sea absolutamente sustituido en el proceso por el legitimado»³⁹⁸.

§. Siguiendo los influjos de los autores de la época que habían visto en la legitimación un trasunto del poder de disposición del Derecho privado material³⁹⁹, PRIETO–CASTRO concibe la legitimación como «la facultad de ejercicio (disposición o administración) de los derechos subjetivos»⁴⁰⁰. Se trata, normalmente, de una facultad comprendida en la titularidad de los derechos subjetivo–privados; pero, cuando ello no ocurre, «la teoría de las partes permite explicar la presencia en el proceso de partes que no son titulares de la relación jurídica controvertida, que es lo que sucede siempre que por derecho material (o procesal) la facultad de ejercicio experimenta una desviación (apareciendo una *parte en sentido únicamente formal*»⁴⁰¹.

³⁹⁷ Ésta es la denominación con la que la estudia en su *Derecho procesal civil* (XXXX) y en su *Tratado de Derecho procesal civil* (XXX). Con anterioridad, en sus *Cuestiones de Derecho procesal* (op. cit., p. 49) había referido el autor, pero sin profundizar en su estudio, a los supuestos de sustitución procesal mediante la distinción entre *parte mediata*, o titular de la relación deducida en el proceso, y *parte inmediata*, o persona legitimada para actuar en un proceso concreto sin ser titular de dicha relación. Pero, a la postre, mantuvo la denominación «desplazamiento de la legitimación» para referirse a la sustitución procesal.

³⁹⁸ PRIETO–CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 312-313, nota 16. Una crítica reciente sobre esta denominación puede verse en NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Madrid, 2004, pp. 59-60.

³⁹⁹ Cfr., además de ENCISO (ya citado en el texto principal), DE AZURZA Y OSCOZ, “Capacidad y poder de disposición (glosando una sentencia)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCIII, pp. 674 y ss. Y, en el mismo sentido, vid. GÓMEZ ORBANEJA, *infra.*; DE MIGUEL Y ALONSO, *Legitimación procesal*, cit., p. 62; y MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre–diciembre 1960, p. 51.

⁴⁰⁰ L. PRIETO–CASTRO, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1968, p. 311-312, y *Tratado...*, cit., p. 309.

⁴⁰¹ L. PRIETO–CASTRO, *Derecho procesal civil*, cit., p. 312, y *Tratado...*, *ibidem*.

Luego, según la visión de este autor, existe una legitimación del propio titular de la relación jurídica controvertida y, junto a ella, una legitimación de sujetos distintos del titular. En el primer caso, coincide en el sujeto legitimado su condición de titular del derecho controvertido, de suerte que «el problema de la legitimación va enlazado con el del derecho sobre el que versa el proceso»⁴⁰²; estamos entonces ante una «legitimación normal u ordinaria»⁴⁰³. En el segundo caso es donde se pone el problema de los supuestos de *desplazamiento de la legitimación*⁴⁰⁴.

§. Este desplazamiento de la legitimación –también llamada por el autor legitimación *anormal, extraordinaria, especial o indirecta*⁴⁰⁵, se caracteriza porque, como su propia denominación indica, la legitimación «se desplaza del sujeto de la relación jurídica discutida [a veces, sin privación de la misma a su titular] a un sujeto distinto, el cual recibe, por tanto, la facultad de llevar el proceso como parte y en nombre propio, con las consecuencias inherentes»⁴⁰⁶. Ahora bien, según explica el maestro, «diciendo sólo que el legitimado actúa en nombre propio se señala únicamente su postura procesal, y, por tanto, formal; es necesario agregar que actúa en nombre propio (o sea, que es parte procesal), pero por causa de un interés en la relación jurídica material»⁴⁰⁷.

¿Cuál es este interés? La razón o causa de este interés hay que buscarla, para PRIETO-CASTRO, en el Derecho civil. Según éste, sustituto y sustituido «se hallan ligados por algún vínculo, sin el cual no sería posible justificar que la ley conceda a uno de ellos la facultad de llevar el proceso (...) por razones de necesidad, conveniencia o utilidad»⁴⁰⁸. Y es en razón de esta ligazón o vínculo que, «según los casos», puede el legitimado repetir el importe de las costas al titular material.

§. En cuanto a los de supuestos detectados por PRIETO-CASTRO como constitutivos de un desplazamiento de la legitimación, existentes divergencias entre la relación que el autor refiere en su *Derecho procesal civil* y la que incluye en su posterior *Tratado de Derecho procesal*.

Empezando por la primera de las obras citadas⁴⁰⁹, PRIETO-CASTRO empieza incluyendo lo que, después de ENCISO y de este autor, se ha convertido en el procesalismo español en una *trilogía clásica*, a saber: el artículo 507 CC (sobre reclamación de créditos usufructuados por parte del usufructuario), el artículo 1111 CC (sobre la acción subrogatoria de los acreedores) y el artículo 1869 CC

⁴⁰² L. PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil, ibidem. Tratado..., ibidem.*

⁴⁰³ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado..., cit.*, p. 310.

⁴⁰⁴ Hay que hacer notar que esta categoría acuñada por PRIETO-CASTRO, que se aparta de la regla de la normal coincidencia entre el titular y el sujeto agente legitimado, es única según su *Derecho procesal civil* (*cit.*, p. 314), mientras que en su *Tratado* (*cit.*, p. 311-312) constituye una segunda excepción, junto a la categoría de la privación de la legitimación.

⁴⁰⁵ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado..., cit.*, p. 312.

⁴⁰⁶ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado..., ibidem.*

⁴⁰⁷ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado..., cit.*, p. 316.

⁴⁰⁸ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado..., cit.*, p. 315. Cfr. su *Derecho..., cit.*, pp. 315-316.

⁴⁰⁹ Vid. L. PRIETO-CASTRO, *Derecho..., cit.*, pp. 314-315.

(sobre acciones del acreedor pignoraticio); y, junto a ello, la legitimación del marido respecto de los bienes de la sociedad conyugal⁴¹⁰.

En cambio, en el *Tratado* los supuestos de sustitución procesal aparecen más matizados y sometidos a la reflexión (lo que no significa necesariamente que se trate de aciertos en todos los casos). Así, dejando al margen los supuestos de la acción subrogatoria y de la acción pignoraticia, que resultan citados en ambas obras, los supuestos no del todo coincidentes en una y otra obra son los siguientes.

a) En primer lugar, respecto de la legitimación del marido para conducir el proceso relativo a bienes dotales, señala el autor que tras la reforma del Código Civil del año 1981 no existe ya ningún impedimento para que sea la propia esposa quien esté legitimada para ello. Sin embargo, puesto que en la sociedad de gananciales cualquiera de los cónyuges puede intervenir en el proceso en defensa de los bienes que la integran, esta circunstancia le hace ver a PRIETO–CASTRO un supuesto de desplazamiento de la legitimación «por una mitad»⁴¹¹.

b) En segundo lugar, están legitimados por desplazamiento de la legitimación los llamados –antes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal- *síndicos* respecto de las acciones que correspondan al quebrado, en atención a la desconfianza que despierta todo deudor en sus acreedores a la hora de atender el pago de las deudas.

c) Y en tercer y último lugar, está también legitimado por desplazamiento de la legitimación el administrador nombrado en caso de aceptación de herencia a beneficio de inventario (artículo 1026 CC).

En cambio, no constituyen supuestos de legitimación por desplazamiento de la legitimación los cuatro siguientes:

a) El regulado en el artículo 1186 CC, a cuyo tenor «extinguida la obligación por pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta», aunque pueda aquí concurrir la misma justificación de desconfianza hacia el deudor que en el supuesto arriba citado *sub b)*. Lo que se produce aquí, a juicio de PRIETO–CASTRO, no es el solo desplazamiento de la legitimación, sino la entera transmisión de un derecho⁴¹².

⁴¹⁰ Con este mismo elenco de supuestos ilustró PRIETO–CASTRO los inicialmente denominados, en su *Exposición del Derecho procesal civil de España* (t. I, Madrid, 1941, p. 130), «casos especiales de legitimación».

⁴¹¹ L. PRIETO–CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 313, nota 17.

⁴¹² Ésta es también la opinión de la mejor doctrina civilista. Así, para Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, p. 658), frente a las tesis que sostienen que el mecanismo del art. 1186 CC obedece a una adquisición automática y *ex lege* por el acreedor de las acciones del deudor o a una legitimación *ex lege*, mantiene que es preferible la tesis de la *cesión legal*. Y lo mismo opina Juan ROCA JUAN (“Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (notas al artículo 1186 del Código Civil”, en *Estudios en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. II, Madrid, 1976, p. 546), si bien puntualizando que «la cesión de las acciones por el deudor, es necesaria para legitimar al acreedor frente al tercero, y precisa para

b) Las formas legales de administración de masas de bienes (concurso, quiebra, herencia, ejecuciones), pues «el órgano que en cada uno de ellos actúa (...) [constituye] una parte (legal) que procede por razón del oficio conferido»⁴¹³.

c) El caso del usufructuario que reclama, de conformidad con el artículo 507 CC, los créditos vencidos que formen parte del usufructo, porque «en realidad, se trata de una atribución (temporal) del derecho mismo, por la esencia de la institución de usufructo»⁴¹⁴.

d) La legitimación del Ministerio Fiscal. Éste no está legitimado por desplazamiento hacia él de la legitimación; ni en los procesos civiles matrimoniales respecto de los que se le confiere acción para impugnar el matrimonio (porque aquí su actuación está prevista por la presencia de un interés público en una materia no disponible); ni en los procesos penales cuando la ley le obliga a ejercitar la acción civil *ex delicto* (porque aquí lo que se da, según PRIETO-CASTRO, es una «representación legal del perjudicado»⁴¹⁵).

§. A partir de las anteriores ideas, PRIETO-CASTRO trata de construir jurídicamente la categoría de *desplazamiento de la legitimación*. Y para ello

que el deudor se libere». Para este autor, la opinión de la legitimación *ex lege* excepcional tropieza con la «necesidad de determinar el *momento* de la transmisión automática de las acciones», que, en cambio, soluciona la tesis por él mantenida de la necesaria cesión de acciones del deudor al acreedor.

Si esto es así tienen razón, a mi juicio, quienes niegan que estemos ante un supuesto de legitimación extraordinaria, porque el acreedor que se ha hecho ceder las acciones no ejercita un derecho ajeno, sino un derecho propio que le ha debido ser transmitido previamente por el deudor. Nótese que incluso si falta la cesión voluntaria de las acciones por parte del deudor y que aun admitiendo hipotéticamente que entonces pudiera el acreedor ejercitar directamente las acciones que corresponderían a aquél *ex* artículo 1186 CC (esto es, puestos en la tesis de la transmisión automática de acciones), no existe una doble legitimación, ordinaria y extraordinaria, sino un solo y único legitimado, el acreedor, al cual le correspondería dirigirse frente a tercero (con el problema añadido de determinar cómo llega a su conocimiento el hecho de la transmisión automática). Dicho de otro modo y trasladándolo al esquema de la sustitución procesal, en el triángulo sustituto-sustituido-tercero faltaría la persona del sustituido, puesto que a nadie se sustituiría en tal caso, ya que –insisto, en hipótesis– el titular originario habría dejado de ser titular. De ahí que otro motivo para no ver en este supuesto una sustitución procesal es que el pretendido sustituto sí podría renunciar a la acción, transigir sobre ella y, en fin, realizar cualquier acto de disposición como todo titular.

Esto, claro está, presupone que el deudor, producida la pérdida de la cosa, no puede ya, por el juego del artículo 1186 CC, ejercitar las acciones que primariamente le pertenecerían a él; de entender lo contrario, habría que postular que el ámbito de aplicación del art. 1186 CC es el propio de las relaciones internas entre acreedor y deudor, pero esta posibilidad no ha encontrado acogida en la doctrina civilista (aunque desde el punto de vista del derecho procesal me parece la más satisfactoria). En todo caso, sobre el *commodum repreasentationis* volvemos más adelante, en el estudio sobre la acción subrogatoria (*vid. infra* Parte II, Cap. VI, Secc. I, epígrafe Acreedores de prestaciones específicas, condicionales y a término. El «quid» de la desviación de la función de conservación del patrimonio del deudor: la acción subrogatoria como mecanismo de prevención de la insolvencia, pp. 337 y ss.).

⁴¹³ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 314, especialmente nota 20.

⁴¹⁴ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 313-314, nota 19.

⁴¹⁵ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 314, nota 20.

distingue entre el punto de vista procesal de la figura y el punto de vista material.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, PRIETO-CASTRO ve en el sujeto actuante (esto es, en el legitimado por desplazamiento de la legitimación) a la *parte* del proceso, lo que significa que su persona se refieren casi todas las actividades procesales de la parte. Así, «no puede ser testigo ni perito, está en condiciones de prestar confesión (...), se refieren a él las circunstancias determinantes de una recusación de personal judicial y pericial y de tachas de testigos, (...) es sujeto activo y pasivo de la condena en costas y puede pretender el beneficio de justicia gratuita»⁴¹⁶.

Por su parte, el lugar que ocupa el titular de la relación jurídica deducida en el proceso no es siempre, según el autor, el de un *tercero*, el de una persona ajena al proceso, pues «según sea el vínculo que ligue a ambos sujetos [al titular y al sujeto legitimado], también el titular puede ser llevado al proceso para fines de prueba»⁴¹⁷. ¿Para fines de qué tipo de prueba puede intervenir en el proceso el titular? En este punto PRIETO-CASTRO opta por ceñirse a un supuesto concreto y lo ilustra con la acción subrogatoria del artículo 1111 CC. En estos casos, dice PRIETO-CASTRO, la antiguamente llamada *prueba de confesión* – ahora, *interrogatorio de la parte*– puede ser practicada con el titular de la relación si así lo pide el demandado; y ello, porque no se puede privar a éste del «derecho a exigir la confesión del titular del derecho», de manera que «en ese tanto [el titular] asume la consideración de parte en el proceso»⁴¹⁸. Si bien se mira, no se trata de que la prueba de confesión se practique con el titular del derecho *en lugar de* con el sujeto legitimado. Antes al contrario, se practica *con uno y con otro*. «El actuante –afirma PRIETO-CASTRO– puede ser sometido a confesión; como tal y como interesado. Y el titular material precisamente por esa su condición debe poder ser llevado a ella»⁴¹⁹. Respecto de medios de prueba distintos el autor se muestra cauto: «aún está por ver si en todo el ámbito probatorio el sujeto titular de la legitimación debe (...) tener la conceptualización de parte»⁴²⁰.

De otro lado, desde el punto de vista material, PRIETO-CASTRO aboga por borrar las diferencias entre legitimación por desplazamiento y representación a la hora de explicar a quién se extienden los efectos de los actos procesales y del proceso. Puesto que existen determinados actos del proceso que no puede ser realizados por el sujeto legitimado por no ser él el titular de la relación material, en esa medida el sujeto actuante «es sólo representante del titular material»⁴²¹. Ahora bien, se trata de una representación peculiar, porque no se

⁴¹⁶ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 315 y *Derecho...*, cit., p. 315. Para MUÑOZ ROJAS, (*Parte y justa parte en el proceso civil*, loc. cit., p. 53), el sustituto no puede realizar en el proceso actos dispositivos, «tales como la renuncia o la transacción, sin la autorización o aquiescencia del titular del derecho controvertido».

⁴¹⁷ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, ibidem y *Derecho...*, ibidem.

⁴¹⁸ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, ibidem y *Derecho...*, ibidem.

⁴¹⁹ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 317, nota 27.

⁴²⁰ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, ibidem..

⁴²¹ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., p. 316.

produce un fenómeno completo y perfecto de heteroeficacia, es decir, el representante no actúa para y por otro, de manera que los efectos de su actuación reviertan directa e inmediatamente en la persona del representado. Antes al contrario, sucede que el proceso conducido por el sujeto legitimado por desplazamiento de la legitimación produce efectos, al mismo tiempo, para él mismo y para el titular “representado”:

«Por tanto, podemos establecer que la cosa juzgada produce sus efectos en cuanto al legitimado, por su doble cualidad de parte en el proceso y de portador de un interés situado en el derecho material; y en cuanto al sujeto de la relación jurídica, porque además de ser tal sujeto (y, por tanto, con el interés inherente) se halla representado en el proceso (en la extensión expresada) por el que actúa como parte (el legitimado). Con otras palabras: quien actúa como parte (el legitimado) recibe del Derecho material la sustancia que justifica su presencia en el proceso; y el que es titular de la relación jurídica recibe del legitimado la colaboración que es necesaria para la producción, frente a él, de los efectos del proceso»⁴²².

Por tanto, para PRIETO-CASTRO, más que hablar –como ya hiciera ALLORIO– de sujeto legitimado que obra *en nombre y por cuenta* ajenos, es preferible hablar de «sujeto legitimado [que] obra en nombre propio y ajeno y por cuenta ajena y propia (o con interés ajeno y propio)»⁴²³.

§. Por último, respecto del posible tratamiento procesal de la legitimación por desplazamiento, el prof. PRIETO-CASTRO siempre se mostró partidario de dar a la sustitución procesal el tratamiento procesal propio de las excepciones procesales que, propuestas como dilatorias en tiempo y forma en el antiguo juicio de mayor cuantía, se planteaban y resolvían con carácter suspensivo del procedimiento. De sobra es conocido que el autor sostuvo⁴²⁴ que en la LECA el concepto de legitimación aparecía bajo la denominación de «carácter» en los artículos 533.2ª y 4ª y 503.2. Sin embargo, no lo es tanto que, al realizar estas afirmaciones, PRIETO-CASTRO estaba pensando, sobre todo, en los especiales casos de desplazamiento de la legitimación.

«Salta a la vista –dirá ya en 1941– que en estos pasajes la LEC se refiere principalmente a la legitimación de la parte que no es titular originario de la relación jurídica, y la de terceros, que es el campo donde (...) el concepto de legitimación tiene mayor importancia y valor verdaderamente independiente»⁴²⁵.

E insistirá después en su *Tratado*⁴²⁶: «Cuando la ley habla (artículo 503.2) del “carácter con que el litigante se presente en juicio en el caso de tener la representación legal de alguna persona” ha de estimarse que considera los casos de desplazamiento de la legitimación («sustitución»)».

⁴²² L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, *ibidem*. Es difícil no ver la influencia de GARBAGNATI en estas palabras (*vid. supra* Cap. III, epígrafe 6.7. La sustitución procesal y la cosa juzgada, pp. 132).

⁴²³ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, *cit.*, pp. 316-317.

⁴²⁴ *Vid.* L. PRIETO-CASTRO, *Cuestiones...*, *cit.*, p. 41; *Exposiciones...*, *cit.*, p. 131; *Derecho...*, p. 316; y *Tratado...*, *cit.*, p. 319.

⁴²⁵ L. PRIETO-CASTRO, *Exposiciones...*, *ibidem*.

⁴²⁶ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, *cit.*, p. 320.

3. La difusión de la sustitución procesal en la doctrina clásica española de mediados del siglo XX

§. Este epígrafe se refiere a la doctrina procesalista⁴²⁷. En general, la doctrina de estos años –así como la posterior– suele partir a la hora de explicar la legitimación por sustitución de la afirmación de que la parte (que es un puro concepto formal) puede no coincidir con la persona que es titular de la relación jurídica sustantiva que es objeto del proceso. Cuando se produce esta falta de coincidencia se está entonces ante el fenómeno de la sustitución procesal, consistente en que un sujeto ejercita en nombre propio la acción sin ser titular de la relación jurídica a la que ésta se refiere. Se empieza así a extender entre los autores procesalistas la doctrina de la sustitución procesal, aunque todavía los perfiles de nuestra figura siguen siendo poco seguros.

3.1 GUASP Y LA LEGITIMACIÓN INDIRECTA

§. En sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 Jaime GUASP rechazaría la distinción entre parte *en sentido formal* y parte *en sentido material*, afirmando que sólo existe una sola clase de parte: la que viene determinada por el proceso y, específicamente, por la noción de *pretensión*⁴²⁸.

⁴²⁷ No obstante, no está de más señalar que también en nuestro país la noción de sustitución procesal y, por extensión, la de legitimación, han trascendido el ámbito procesal y que su estudio ha sido también abordado por civilistas.

En concreto, de entre la obra no procesalista, la que reviste mayor importancia la constituye la monografía de Juan LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, publicada a principios de la década de los cincuenta. En ella (*vid.* pp. 83-86) se concibe la sustitución como una clase de legitimación indirecta y, concretamente, como «el tipo de legitimación indirecta que menos se aleja de la directa cuando se concede en el interés predominante del legitimado» (p. 84) y se señalan como características propias las tres siguientes. En primer lugar, el que el «alguien desarrolla en nombre propio y en el predominante o concurrente interés propio (...) [cierta actividad] destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena» (p. 84). En segundo lugar, el que «en todos los casos de sustitución hay una relación entre el sujeto titular de la relación jurídica y la persona legitimada» que es necesaria para que ésta «sea investida por la ley de la facultad de invadir la esfera jurídica de aquél» (p. 86). Y, en tercer lugar, el que la legitimación del sustituto, en contra de lo que venía siendo corriente en la época, no se basa en un poder de carácter dispositivo (p. 26). En cuanto a los supuestos que este autor detecta, *vid.* J. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, *cit.*, pp. 84-86. Hay que advertir, no obstante, que para este autor la legitimación es un requisito de eficacia de los actos jurídicos, y no un presupuesto del ejercicio de los derechos subjetivos, que es, por ejemplo, el enfoque que le dan L. Díez-Picazo y A. Gullón a la legitimación. En el mismo sentido de atribuir a la legitimación en el ámbito procesal el carácter de requisito de eficacia, *vid.* T. Muñoz Rojas, *Parte y justa parte en el proceso civil*, *loc. cit.*, pp. 50-51 y 65, donde afirma que «entendemos que la legitimación es un presupuesto necesario para la eficacia de la pretensión hecha valer en el proceso, no un presupuesto de la validez o existencia de éste», porque si fuese un presupuesto del proceso, sería requisito *sine qua non* de validez del proceso y, en cambio, «existen procesos entre partes no legitimadas».

⁴²⁸ *Vid.* J. Guasp, *Comentarios...*, *cit.*, p. 93, y “La pretensión procesal”, ahora en *Estudios jurídicos*, Madrid, 1996, p. 614. Recordemos que este autor concibe el proceso como «instrumento de satisfacción de pretensiones» y la pretensión, como la petición de un sujeto frente a otro de un bien de la vida deducida ante el tribunal (“La pretensión procesal”, *loc. cit.*, pp. 585 y 604).

Sin perjuicio de ello –continúa este autor⁴²⁹– se pueden distinguir tres tipos de parte, uno de los cuales lo constituye una sola parte, llamada *indirecta*, consistente en que la eficacia de lo hecho por uno revierte en la esfera jurídica de otro. A este esquema, como fácilmente se advierte, se sujetan tanto la sustitución procesal como la representación. Y, en verdad, ambas figuras se mezclan y confunden en la ordenada exposición que hace el maestro español sobre determinados supuestos.

Así, siguiendo con sus *Comentarios*, GUASP extrae de la categoría de la capacidad para ser parte los supuestos de las uniones carentes de personalidad y de las masas de bienes, haciéndolos entrar a ambos en la figura de la sustitución procesal. En ambos casos –dice este autor–, frente a la opción de atribuir capacidad para ser parte a la unión o a la masa de bienes haciendo de la persona actuante un representante de la misma (opción ésta que ha sido justamente la de LEC de 2000 en el artículo 6.1.4º y 5º y en el artículo 7 LEC), es preferible ver en esta persona un sustituto de los componentes de la unión⁴³⁰ y de los titulares de los bienes⁴³¹, respectivamente.

Con todo, lo más destacable de los *Comentarios* de GUASP es, en primer término, que de esta legitimación indirecta (= sustitución procesal) no es posible «dar una noción general que unifique todos los casos anormales citados»⁴³²; y ello, «porque cada uno de ellos responde a una distinta motivación, tiene diverso alcance y se rige por normas de naturaleza homogénea (...). Lo que sí se puede intentar –continúa este autor– es una fórmula que agrupe, con fines terminológicos, y para diferenciarlos de las hipótesis ordinarias, estos supuestos excepcionales»⁴³³. A este respecto a GUASP le parece apropiado el término *sustitución procesal* y se muestra partidario de «considerar esta figura como lo que verdaderamente es: un criterio especial anómalo de legitimación indirecta»⁴³⁴.

Y en segundo término, hay que destacar el tratamiento procesal de la legitimación. Para este autor, no sabemos ni influido o no por las consideraciones del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 1941, el sustituto procesal tiene la carga de presentar con la demanda los

⁴²⁹ J. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 93, nota 1.

⁴³⁰ J. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 103. De la misma opinión es T. MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, loc. cit., p. 69.

⁴³¹ J. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 104.

⁴³² La cita se refiere a lo que he dado en llamar la *trilogía clásica*, esto es, el supuestos del art. 507, el del 1111 y el del 1869 CC (más –se entiende, aunque el autor no los cite en esta sede– los casos de las uniones carentes de personalidad y las masas de bienes). Además, en su *Derecho procesal civil* (t. 1º, *Introducción y parte general*, 3ª ed., Madrid, 1968, p. 187) menciona «figuras de carácter más general, de la misma naturaleza, sea cualquiera la discusión que quiera fomentarse en torno a ellas, como la del marido administrador de la sociedad de gananciales, la del naviero o la de los síndicos de una quiebra».

⁴³³ J. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 124. También en su *Derecho procesal civil* (*ibidem*) pone de manifiesto que «el tratar de explicar estas hipótesis a base de una fórmula sustantiva que pretenda darles justificación material común es impracticable, ya se hable aquí de parte formal u oficial, de pura *Prozessstandschaft*, de facultad o derecho de conducción del proceso, o de disposición procesal».

⁴³⁴ J. GUASP, *Derecho...*, *ibidem*.

documentos que, de conformidad con el artículo 503. 2 LECA, acrediten su «carácter», a diferencia de cuando la legitimación va al paso de la titularidad de la relación jurídica material⁴³⁵. Y como esta carga la tiene -según el tenor literal de este precepto- «necesariamente», de ello se sigue, de un lado, que el tribunal tiene la potestad de examinar de oficio la concurrencia de la legitimación⁴³⁶, así como, de otro lado, que la contraparte dispone de la facultad de oponer su falta como una excepción procesal de los números 2 y 4 del artículo 533 LECA, según se trate, respectivamente, de sustitución procesal activa y pasiva. Este tratamiento de carácter procesal, como excepción dilatoria, era posible en estos casos, al decir de GUASP- porque «el problema de la legitimación (indirecta) es teórica y prácticamente separable del problema de fondo»⁴³⁷.

3.2. LAS ALUSIONES DE FENECH A LA LEGITIMACIÓN INDIRECTA

§. De la misma opinión en cuanto a la acreditación de la legitimación del sustituto parece ser Miguel FENECH, del que cabe benévolamente extraer esta idea de sus breves anotaciones en materia de legitimación en su manual, donde se limita a afirmar que «cuando la legitimación es directa, por ser el actor titular de la relación jurídica afirmada, no necesita acreditar su personalidad [*sic*]»⁴³⁸. Y se dice «benévolamente», porque al cuestionarse FENECH qué ocurre cuando el actor no es el titular de la relación jurídica afirmada, no se plantea el problema de la sustitución procesal (o de la parte indirecta), sino que concluye que entonces el actor «carecería de acción y no de personalidad»⁴³⁹.

3.3. EL LACONISMO DE FAIRÉN EN MATERIA DE SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. Igual brevedad al respecto se encuentra en la obra de Víctor FAIRÉN GUILLÉN. En su *Doctrina general del Derecho procesal* apenas si se encuentra una referencia a la sustitución procesal y, cuando se encuentra, se hace -diríase- casi de pasada, limitándose el autor a mencionar la sustitución procesal al hilo de los problemas de capacidad que presentan en el proceso los llamados *patrimonios autónomos*⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Vid. J. GUASP, *Comentarios...*, t. 2º, vol. 1º, p. 182: «La exigencia de que el presupuesto procesal de la legitimación se demuestre especialmente sólo tiene sentido en los casos en que la titularidad de la legitimación no se corresponde con la titularidad de la relación jurídica material: dicho en otros términos: en los casos en que figura en el proceso, no una parte directa, sino una parte indirecta, bien por representación, bien por sustitución».

⁴³⁶ Vid. J. GUASP, *Comentarios...*, t. 2º, vol. 1º, p. 300.

⁴³⁷ J. GUASP, *Comentarios...*, t. 2º, vol. 1º, p. 302.

⁴³⁸ M. FENECH, *Derecho procesal civil (Introducción. Procedimientos ordinarios de declaración y de ejecución)*, Madrid, 1983, p. 87. Sobre el término *personalidad*, vid., entre otros, J. GUASP, *Comentarios...*, t. 2º, vol. 1º, p. 298, y E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La excepción dilatoria de falta de carácter*, loc. cit., pp.246-248.

⁴³⁹ M. FENECH, *Derecho...*, *ibidem*.

⁴⁴⁰ Cfr. V. FAIRÉN, *Doctrina general del Derecho procesal (Hacia una teoría y ley procesal generales)*, Barcelona, 1990, p. 281).

3.4. LA LEGITIMACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA OBRA DE GÓMEZ ORBANEJA

§. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA es de la opinión de que la legitimación es cuestión que pertenece al fondo del asunto, de suerte que, como él diría a propósito de la legitimación, «lo que condiciona la acción (...) no puede a la vez condicionar el proceso en que se conoce de ella»⁴⁴¹. De ahí que lo importante no es la relación jurídica juzgada como existente objetivamente, sino en cuanto deducida en el proceso⁴⁴².

Para GÓMEZ ORBANEJA, el problema de la legitimación –o, como él prefiere, el problema de la parte *legítima*– surge cuando se constata que un sujeto puede ser el titular de un derecho y otro quien deduzca en el proceso ese derecho. El autor prefiere hablar entonces del «poder de conducir el proceso como manifestación o derivación procesal del poder de disposición del derecho civil»⁴⁴³, ya que «el término “sustitución” de Chiovenda (...) más bien expresa el fenómeno mismo que su causa jurídica»⁴⁴⁴.

§. En cuanto a las clases de legitimación, GÓMEZ ORBANEJA refiere dos tipos de legitimación: la legitimación *propia* y la legitimación *por sustitución*⁴⁴⁵. La primera se caracteriza, como se puede adivinar, porque la parte legitimada presenta la relación jurídica deducida en el proceso como propia, mientras que en la segunda la parte legitimada no es sujeto de la relación jurídica que constituye el objeto del proceso.

Así, al igual que PRIETO-CASTRO y en contra de lo que –como se ha visto– es usual en la doctrina italiana (que ve en estos casos una hipótesis de sustitución procesal), ejemplo de lo primero, esto es, de legitimación propia, son las acciones basadas en derechos potestativos o derechos a la modificación o extinción de una relación jurídica; como es el caso, en el ordenamiento español, de las acciones de nulidad ejercitadas por el Ministerio Fiscal o por quienes ostenten un interés en dicha declaración⁴⁴⁶.

Por su parte, la mayor parte de las hipótesis de legitimación por sustitución tienen lugar, según GÓMEZ ORBANEJA, en el «vasto campo de las acciones

⁴⁴¹ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 137.

⁴⁴² Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 142.

⁴⁴³ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, *ibidem*.

⁴⁴⁴ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 139.

⁴⁴⁵ Vid. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., pp. 142-146. Carlos DE MIGUEL Y ALONSO (*Legitimación procesal*, loc. cit., p. 63) adopta la misma denominación, aunque junto a la legitimación propia o –como él prefiere– *originaria*, coloca la legitimación *por representación*.

⁴⁴⁶ «Téngase en cuenta –dice este autor– que el que pide la nulidad del matrimonio de otros no deduce en juicio un derecho ajeno; el objeto de la acción no es la relación matrimonial, sino el *propio derecho*, fundado en uno de los supuestos del art. 101 C.c. más en el interés propio de obtener la declaración de nulidad» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 143).

de condena»⁴⁴⁷ y no siempre van acompañadas de una falta del poder de disposición del titular sobre el objeto del derecho.

§. En concreto, y sin perjuicio de reconocer el autor que «la línea divisoria entre representación y sustitución, o si se prefiere, entre representación inmediata y mediata, es a veces difícil de establecer»⁴⁴⁸, los supuestos señalados por GÓMEZ ORBANEJA como constitutivos de legitimación por sustitución son -«entre otros», según el autor- los siguientes:

- a) La reclamación, por parte del usufructuario, de los créditos vencidos que formen parte del usufructo (artículo 507 CC), así como la reclamación de un predio o un derecho real⁴⁴⁹ (pese a que en este último caso el artículo 486 CC emplea el término «representación»).
- b) La acción subrogatoria del artículo 1111 CC. Con ella no se pretende una subrogación en la persona del acreedor, sino, según el autor, «la sustitución –en el proceso– de un demandante por otro», con independencia de la homogeneidad de los créditos y de su importe.
- c) La defensa, por parte del acreedor pignoraticio y frente a tercero, de la cosa pignorada (artículo 1869 CC).
- d) La legitimación del marido respecto de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, que, según el autor, está a caballo entre la representación y la sustitución procesal⁴⁵⁰.
- e) Los sujetos a quienes se transfiere el poder de disposición y administración en situaciones concursales, como era el caso del administrador y de los síndicos del concurso de acreedores, los de la quiebra, el administrador del abintestato, el de la testamentaria y el albacea testamentario.
- f) La legitimación, según reiterada jurisprudencia del TS, de uno solo de los condueños es, a juicio de GÓMEZ ORBANEJA, legitimación por sustitución, aunque para apreciarla en concreto hay que estar al tipo de pretensión; así, por ejemplo, no se da sustitución de los restantes miembros del condominio en el ejercicio, por parte de uno de ellos, de una acción de retracto sobre una finca colindante, porque la legitimación en tal caso requiere que la demanda se presente conjuntamente por todos⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 144. Tan es así que el autor llega a afirmar que la acción subrogatoria del art. 1.111 CC «no consiente la subrogación en una acción meramente declarativa».

⁴⁴⁸ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Lecciones...*, *ibidem*.

⁴⁴⁹ Cfr., en el mismo sentido, T. MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, loc. cit., p. 70.

⁴⁵⁰ Para MUÑOZ ROJAS (*Parte y justa parte en el proceso civil*, *ibidem*), en el caso de los bienes gananciales, se está ante un claro caso de sustitución procesal, a diferencia de cuando se trata de bienes parafernales, en cuyo caso el marido sí actúa en representación de la esposa, porque para actuar necesita el consentimiento de ésta.

⁴⁵¹ De ahí que en estos casos otros autores hablen también de legitimación *colectiva* (T. MUÑOZ ROJAS, *Parte y justa parte en el proceso civil*, loc. cit., p. 71).

§. ¿Qué tratamiento recibe la sustitución procesal según GÓMEZ ORBANEJA? El autor, en este punto, empieza por exponer cuál es el tratamiento procesal de la legitimación en la jurisprudencia. Éste, según la doctrina que cita el autor, es el propio de una cuestión perteneciente al fondo del asunto. Esto es, su control no se verifica por el cauce de los núms. 2º y 4º del artículo 533 LECA, en relación con el artículo 503.2 LECA, sino que –según la terminología entonces al uso– se trata de una excepción *perentoria*. Así, a propósito de la acción subrogatoria, GÓMEZ ORBANEJA refiere, con cita de la sentencia del TS (Sala 1ª) de 23 de junio de 1903, que los presupuestos determinantes de la legitimación del acreedor demandante que actúa *ex* artículo 1111 CC se efectúan «dentro del mismo proceso; por tanto, conjuntamente a la de la acción subrogada»⁴⁵².

Ahora bien, la circunstancia de que en la sustitución procesal quepa separar la titularidad de la relación jurídico-material y la titularidad de la acción, para plantear y resolver «por adelantado» el problema de la *legitimidad* de la parte, «hace posible –y resulta conveniente– tratarlo prácticamente en muchos casos como si fuese un requisito de forma»⁴⁵³. Nótese que no se trata aquí de que la naturaleza de la legitimación del sustituto se revele como de carácter procesal; la naturaleza, en realidad, no cambia: «el poder de disposición (...) –dice GÓMEZ ORBANEJA– no es, *en sí mismo*, aunque puede separarse de los demás elementos, una condición de admisibilidad, sino de la fundamentación de la sentencia»⁴⁵⁴. Se trata de que, siendo clara la naturaleza de fondo de la legitimación del sustituto, en estos casos, por ser fácil separar la cuestión de la legitimación de la relativa a la titularidad del derecho subjetivo material, se puede postular un tratamiento típicamente procesal, *como si* fuese un requisito de forma, al igual que sucedía, bajo la LECA, con la transmisión del derecho litigioso. Cree el autor que este análisis previo cabe, por ejemplo, cuando el acreedor que actúa *ex* artículo 1111 CC trate de ejercitar *contra legem* acciones inherentes a la persona de su deudor⁴⁵⁵. Luego, por abstracción, y «aunque ello no se vea de manera tan clara, lo mismo debe ocurrir cuando A reivindique la cosa de B (aunque no la pida para sí, sino para B), diciendo que es de B»⁴⁵⁶.

⁴⁵² E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 147.

⁴⁵³ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 148. No exactamente al mismo resultado teórico –que no práctico– llega, partiendo de distintas bases, DE MIGUEL Y ALONSO (*Legitimación procesal*, *loc. cit.*, p. 63), para quien la legitimación por sustitución «está igualmente recogida en el citado artículo 503, *in fine*, “cuando el derecho que reclame provenga de habérselo transmitido por herencia o por cualquier otro título”».

⁴⁵⁴ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, *ibidem*. *Vid.*, en el mismo sentido, F. R. VALCARCE, “Excepción de falta de personalidad”, en *Revista de Derecho Procesal. Publicación iberoamericana y filipina*, 1956, núm. 1, pp. 24-28, donde se pone de manifiesto que las excepciones de los núms. 2º y 4º del art. 533 LECA no sirven para plantear preliminarmente cuestiones atinentes al fondo del asunto, como es la cuestión de la legitimación; y E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La excepción dilatoria de falta de carácter*, *cit.*, pp. 270 y ss.

⁴⁵⁵ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 149.

⁴⁵⁶ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, *ibidem*.

En definitiva, el autor postula que en estos casos el término «carácter» de los núms. 2º y 4º del artículo 533 LECA «puede servir para el tratamiento procesal de la legitimación [por sustitución], en el sentido de que su falta funde una excepción dilatoria»⁴⁵⁷. Mientras que ello no es posible cuando coinciden en un sujeto la titularidad de la acción y la titularidad de la relación jurídica material, en la legitimación por sustitución hay que presumir que «falta el poder de disposición sobre el derecho ajeno [de manera que] la demanda deberá acompañar el título en que se funde la disposición», cumpliéndose así la previsión de acreditar el carácter con que se demanda y permitiéndose un control sobre que «ese carácter autoriza para deducir en juicio la relación jurídica ajena»⁴⁵⁸.

4. La sustitución procesal en la doctrina procesalista anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

4.1. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL EN LA DÉCADA DE LOS SETENTA. LOS TRABAJOS DE MORÓN PALOMINO Y DE CORDÓN MORENO

§. Con lo anterior llegamos a principios de la década de los setenta del siglo XX. Y, en materia de legitimación, no se pueden obviar los trabajos monográficos de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que en 1968 publicó un conocido artículo sobre *La excepción dilatoria de falta de carácter*⁴⁵⁹; y de Manuel MORÓN PALOMINO y de Faustino CORDÓN MORENO, que cerraron la década de los setenta con sus interesantes reflexiones sobre la legitimación⁴⁶⁰.

§. Dejando a un lado al primero, porque en el estudio citado no se pueden extraer conclusiones generales sobre la figura de la sustitución procesal de la que nos estamos ocupando⁴⁶¹ y porque cuando es tratada, se hace

⁴⁵⁷ E. GÓMEZ ORBANEJA, Derecho procesal civil, *ibidem*.

⁴⁵⁸ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, cit., p. 150.

⁴⁵⁹ Publicado en *Revista de Derecho Procesal*, II, abril-junio 1968, pp. 121 y ss., también (por la que se cita) en sus *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp. 243-299.

⁴⁶⁰ M. MORÓN PALOMINO, “Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa”, en *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, vol. II, Madrid, 1979, ya citado, pp. 473-491; y F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 2, pp. 305-339.

⁴⁶¹ La única conclusión general de carácter indirecto que –operando con criterios generosos– cabría extraer sobre la sustitución procesal de este trabajo es aplicando lo que GUTIÉRREZ DE CABIEDES afirma sobre los casos de sucesión en el derecho material privado, esto es, que en ciertos casos es posible y conveniente «afrontar *in limine* el problema de la titularidad [del derecho deducido] (...) [porque] procediendo así se truncarán muchos procesos injustificados, de personas que no tienen *derecho* a pedir, porque independientemente de la existencia en sí del mismo derecho, no son titulares, al no ser sucesores de la relación jurídica material» (*La excepción dilatoria de falta de carácter*, loc. cit., p. 271). Pero, a mi juicio, se trata de una conclusión muy forzada: de un lado, porque, de ser así, llevaría a dar a la sustitución procesal un tratamiento también preliminar sobre su concurrencia en el litigante; mientras que, de otro lado, este tratamiento es, según el autor, de carácter excepcional en lo que se refiere a cuestiones que afectan al fondo del asunto, cual es la legitimación. Por ello, es preferible no sacar conclusiones al respecto, ya que el autor no lo hace.

incidentalmente⁴⁶², resulta más interesante, a los fines propuestos de ver los jalones de la sustitución procesal, centrarse, en primer lugar, en las observaciones de Manuel MORÓN PALOMINO.

Este autor, partiendo de su adscripción a la teoría de la acción como equivalente del derecho a una resolución de fondo, expone que la persona de la parte «no ha de coincidir necesariamente con el sujeto que, en atención razones de Derecho material, triunfe o deba triunfar en el proceso»⁴⁶³. En una orientación –dice este autor– que conciba la legitimación como la afirmación de una situación legitimante que normalmente consiste en la titularidad del derecho jurídico material, la falta de legitimación sólo se pondría de manifiesto cuando «el propio demandante hiciera constar que no le corresponde el derecho o la relación jurídica para la que pide el pronunciamiento jurisdiccional». «Mas –continúa MORÓN PALOMINO– tal hipótesis (...) para que escape al calificativo de risible, que en cierta ocasión le dirigiera SATTA», exige, en su opinión, que tal pronunciamiento jurisdiccional «deba alcanzar a una relación jurídica de la que, según expresa manifestación del demandante, éste no es titular, pese a lo cual, el efecto de cosa juzgada en sentido material debe extenderse al sujeto de la relación ajena»⁴⁶⁴.

¿Cuáles son los supuestos típicos de sustitución procesal según este autor? Los que he dado en llamar la *trilogía clásica*, esto es, el supuesto del artículo 507, el del 1.111⁴⁶⁵ y el del 1869 CC. En todos ellos, a juicio de este autor, pueden apreciarse dos notas comunes. En primer lugar, la constante de que existe «una especie de expropiación, legalmente permitida, de la titularidad jurídico-material de un sujeto; o (...) la alteración del régimen de exclusividad de la facultad de disposición sobre la titularidad del derecho». Y en segundo lugar, el fundamento común consistente en que en todos los supuestos existe «cierta conexión entre la relación jurídica material ajena al demandante y una peculiar posición jurídica de éste»; y ello, en razón de un «interés protegible», que permite a un sujeto accionar sobre la relación ajena «repercutiendo el pronunciamiento en su titular»⁴⁶⁶. Este *interés protegible*, o necesidad de tutela, puede erigirse, a juicio de MORÓN PALOMINO, en otro criterio para la

⁴⁶² «En los casos legitimación por sustitución -se limita a observar este autor- se da una escisión radical entre el derecho sustantivo que es de otro (sustituido), de la legitimación o poder de conducción del proceso, que son del sustituto» (E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La excepción dilatoria de falta de carácter...*, loc. cit., p. 274, nota 30).

⁴⁶³ M. MORÓN PALOMINO, Reflexiones acerca e la legitimación procesal..., loc. cit., p. 483.

⁴⁶⁴ M. MORÓN PALOMINO, Reflexiones acerca e la legitimación procesal..., loc. cit., pp. 485-486.

⁴⁶⁵ A propósito de la acción subrogatoria, el autor mantiene dos posturas contradictorias. De un lado, afirma –como se dice en el texto principal– que es un caso típico de sustitución procesal, mientras que, de otro lado, entiende que se trata de un supuesto que está a caballo «entre el caso de sustitución y el de quien acciona en concepto de titular», porque en este caso «el sujeto comparece en nombre propio, sin asumir ni afirmar la titularidad de la relación material a la que se dirige la pretensión pero al amparo de un derecho propio y no ajeno cuyo ejercicio repercute en dicha relación» (M. MORÓN PALOMINO, *Reflexiones acerca e la legitimación procesal...*, loc. cit., p. 489).

⁴⁶⁶ M. MORÓN PALOMINO, Reflexiones acerca e la legitimación procesal..., loc. cit., p. 486.

determinación de la legitimación procesal activa, aparte de la titularidad de la relación jurídico-material.

§. Las anteriores indagaciones serían después –en la década de los noventa– completadas –y algunas de ellas, rectificadas– por el jurista español⁴⁶⁷.

De la legitimación en general nos dice MORÓN PALOMINO que, de un lado, no puede ser reconocida a cualquier persona, porque ello conduciría a una «ingerencia intolerable en la esfera de los derechos ajenos», sin que, de otro lado, tampoco quepa equipararla a la «titularidad inequívoca del derecho reclamado», porque esto sólo resultará claro al final del proceso. Se trata, entonces, de operar «con pautas y orientaciones provisionales o intermedias»⁴⁶⁸.

En cuanto a las clases de legitimación, MORÓN PALOMINO ya no alude a la sustitución procesal como una categoría de supuestos excepcionales de legitimación, sino que empieza por distinguir una legitimación procesal *ordinaria* y una legitimación procesal *extraordinaria*, caracterizada así porque agrupa los supuestos en los que «se permite la gestión procesal de los derechos e intereses ajenos, bien en beneficio propio, bien en beneficio de un grupo o colectividad»⁴⁶⁹. De esta forma, la legitimación extraordinaria se subdivide en una primera especie de legitimación *por sustitución* (cuando la gestión del derecho o interés ajeno se confiere *en beneficio propio*) y una segunda especie de legitimación *en servicio de intereses de grupos* (cuando la gestión atiende al *beneficio de un grupo o colectividad*).

Pues bien, en lo que a efectos del presente trabajo importa, en la legitimación por sustitución estudiada en 1993 por MORÓN PALOMINO no se advierten más cambios sustanciales, en primer lugar, que el haber añadido, entre los supuestos de sustitución procesal, la legitimación de los colegios profesionales, autorizada por el artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, para reclamar los honorarios profesionales de sus miembros, cuando en su seno existan servicios adecuados a tal fin y esté previsto en los estatutos colegiales⁴⁷⁰. La segunda diferencia entre uno y otro trabajo tiene que ver, en cambio, con el tratamiento procesal que debe recibir la legitimación por sustitución. Aunque esta cuestión no es abordada específicamente, sino sólo con carácter general referida a la legitimación *in genere*, en el decir de este autor, «si el momento de analizar la concurrencia de la legitimación es el final del proceso (...), la falta de titularidad del derecho, bien porque no exista, *bien porque su ejercicio no corresponda al actor* (...) ha de conducir a una sentencia desestimatoria de la pretensión y absolutoria de la parte demandada *por razones de derecho material*»⁴⁷¹. He, pues, aquí que la sustitución procesal, a diferencia

⁴⁶⁷ Vid. M. MORÓN PALOMINO, «Atribución de la pretensión procesal: teoría de la legitimación», en *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*, Madrid, 1993, pp. 213-233.

⁴⁶⁸ M. MORÓN PALOMINO, Atribución de la pretensión procesal..., loc. cit., p. 214.

⁴⁶⁹ M. MORÓN PALOMINO, Atribución de la pretensión procesal..., loc. cit., p. 223.

⁴⁷⁰ Cfr. M. MORÓN PALOMINO, Atribución de la pretensión procesal..., loc. cit., p. 224.

⁴⁷¹ M. MORÓN PALOMINO, «Atribución de la pretensión procesal...», loc. cit., p. 226 (la cursiva es mía).

de los autores anteriores, ha dejado de ser considerada como una especie de legitimación que, atinente al fondo, puede recibir, no obstante, el tratamiento propio de un presupuesto procesal, para ser considerada, en general, un requisito atinente al fondo del asunto.

§. Por su parte, Faustino CORDÓN MORENO, en sus conocidas *Anotaciones acerca de la legitimación* empieza enmarcando la legitimación como requisito de eficacia de los actos jurídicos en el marco de la teoría general del Derecho, para a continuación centrar la exposición del tema en el Derecho procesal.

Entrando directamente en materia, si la legitimación ordinaria es «la que corresponde al titular del derecho o relación jurídica sustancial para deducirla en juicio»⁴⁷², la legitimación *por sustitución* reúne los casos en los que «el ordenamiento jurídico –en atención a un interés prevalente– legitima a un sujeto para hacer valer en juicio, en nombre propio, el derecho relativo a una relación jurídica de la que no es titular»⁴⁷³. Se trata de un tipo de legitimación de carácter excepcional o extraordinario; carácter que, según el autor, radica en el hecho común de que en estas las hipótesis se advierte una «disociación entre la titularidad del derecho o relación jurídica material y la persona que lo hace valer en juicio»⁴⁷⁴. Y ello, porque la ley lo autoriza, de donde se sigue que no cabe la sustitución procesal *voluntaria*, porque la «previsión legal del interés considerado suficiente para la actuación en juicio en nombre propio por un derecho ajeno» no puede ser suplida por la autorización del titular de la relación jurídico-material⁴⁷⁵.

Pues bien, donde verdaderamente pone el acento CORDÓN MORENO es en el interés que está en la base de la sustitución procesal. Para este autor el titular de la relación litigiosa ostenta el «interés sustancial que forma parte de su derecho», mientras que el sustituto o sujeto legitimado por sustitución es «titular del interés en obtener la sentencia del juez sobre el mismo»⁴⁷⁶. Esto significa que, en el fondo, existe una *interdependencia de intereses*. Se trata de una interdependencia de intereses que la ley toma en consideración para juzgar como preponderante el interés del sustituto y permitirle así la tutela de un derecho ajeno. En otras palabras, «existe un interés del “sustituto” en obtener una resolución judicial sobre el derecho ajeno con base en la relación jurídica sustancial que le une con el titular»⁴⁷⁷. Ahora bien, la relación jurídica que el sustituto hace valer en el proceso no es la que le liga con el sustituido, sino la que éste mantiene con un tercero. La propia relación jurídica del sustituto sólo sirve, según CORDÓN MORENO, «como fuente legitimante en base a la cual la ley le concede el poder de actuar en nombre propio»⁴⁷⁸. Este poder de actuar en nombre propio es, precisamente, la acción. Y esta acción es propia del

⁴⁷² F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 315.

⁴⁷³ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 314 y 324.

⁴⁷⁴ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 325.

⁴⁷⁵ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 325, nota 44.

⁴⁷⁶ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 325.

⁴⁷⁷ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 326.

⁴⁷⁸ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *ibidem*.

sustituto; no es la acción del sustituido. Para explicarlo –dice este autor– no hace falta recurrir al poder de disposición del Derecho privado, ni a ninguna transferencia coactiva del derecho de acción del titular. Que el sustituto procesal «ejercita un derecho de acción propio, pero relativo a una relación jurídica ajena» es explicación bastante de lo que acontece en los casos de sustitución procesal⁴⁷⁹.

Lo anterior significa que, por el ejercicio del derecho de acción que le pertenece, el sustituto es *parte* en el proceso. El sustituto ejercita la acción en nombre e interés propio, de manera que asume todos los derechos, las obligaciones y las cargas del proceso, con el límite natural que le impone la circunstancia de no ser él el titular del derecho que se deduce en el proceso. De ahí que «no pueda realizar aquellos actos que supongan disposición material sobre el derecho para los cuales se exige su titularidad»⁴⁸⁰.

De otro lado, la legitimación del sustituto es, para CORDÓN MORENO, *independiente*, aunque *accesoria*. Independiente, porque «no procede hablar de una legitimación del “sustituto” que derive del “sustituido”». Y accesoria, porque «presupone que el titular del derecho litigioso pueda hacerlo valer en juicio»⁴⁸¹.

En lo que hace a los efectos de la sustitución procesal, el autor se centra en el principal de los efectos del proceso: la producción de cosa juzgada material derivada de la sentencia firme sobre el fondo dictada en el proceso instado por el sustituto. Aunque no se extiende demasiado al respecto, CORDÓN MORENO mantiene, en primer lugar, que mientras que son para el sustituto los efectos del proceso, «los efectos sustanciales recaen directamente en el sustituido». Y en segundo lugar, entiende el autor que la cosa juzgada material se forma directamente con el sustituto, lo que impediría que éste planteara un segundo proceso idéntico (eficacia excluyente de la cosa juzgada), pero que la misma se extiende igualmente al sustituido, en cuanto titular de la relación jurídica sustancial. En definitiva, concluye este autor que «el “sustituido”, como titular originario y principal de la acción y consiguiente legitimación, es el que recibe directamente los efectos de la cosa juzgada, mientras que en el “sustituto” se produce una extinción de su derecho de acción que es accesorio respecto al del sustituido»⁴⁸².

Por último, en cuanto al tratamiento procesal de la legitimación, expone CORDÓN MORENO que el examen de la legitimación ordinaria no plantea problemas, porque «no puede ser independiente del examen acerca de la existencia del derecho»⁴⁸³. Por consiguiente, el posible control previo de la legitimación cabría, en hipótesis, plantearse cuando la legitimación no fuera a la par de la titularidad del derecho deducido en el proceso, esto es, en los casos

⁴⁷⁹ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 327.

⁴⁸⁰ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 328.

⁴⁸¹ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *ibidem*.

⁴⁸² F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 329.

⁴⁸³ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 335.

de sustitución procesal. Pero aun en estos casos, a juicio del autor, estamos ante una cuestión perteneciente al fondo del asunto, aunque preliminar y separable respecto de la cuestión de la existencia del derecho, pues «una cosa es la naturaleza de una institución y otra muy diferente su tratamiento procesal»⁴⁸⁴. De ahí que «su control previo por parte del juez supone un juicio negativo sobre el fondo— un juicio sobre la demanda declarándola improponible— y su contenido no puede ser más que sustancial, con los efectos típicos de las sentencias desestimatorias (la cosa juzgada material)».

§. Al igual que MORÓN PALOMINO, CORDÓN MORENO también retomaría el tema de la legitimación en el proceso civil en un artículo titulado *De nuevo sobre la legitimación*, publicado, igualmente, en la década de los noventa⁴⁸⁵, y de cuya lectura —y dejando a salvo la cuestión general de la legitimación— caben extraer los siguientes aspectos importantes.

En primer lugar, las hipótesis que se desvían de la regla general de la legitimación ordinaria parecen agruparse, de entrada, bajo dos categorías distintas: de un lado, la categoría de legitimación *extraordinaria*, «que tienen su fundamento en la Ley y deben ser de interpretación estricta»⁴⁸⁶; y de otro lado, la llamada legitimación *por categoría*, ya acuñada por CALAMANDREI⁴⁸⁷; aunque, más que la denominación, lo que verdaderamente preocupa a CORDÓN MORENO es la distinción y el estudio de las diferentes situaciones legitimantes que pueden darse (por derecho subjetivo, por interés individual, por interés supraindividual y por interés público), entre las que omite tratar la sustitución procesal.

Hay que señalar, en segundo lugar, que la sede donde CORDÓN MORENO trae a colación la legitimación extraordinaria en el trabajo citado es a propósito del tratamiento procesal de la legitimación. Y lo hace distinguiendo dentro de ella dos subcategorías: la sustitución procesal, o legitimación de quien «actúa en juicio en nombre propio, pero pidiendo la tutela de un derecho ajeno», y la

⁴⁸⁴ F. CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, p. 336.

⁴⁸⁵ F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, I, pp. 45-83. Hay que señalar que se toma este artículo y no su trabajo “¿Cuál es el alcance de la legitimación extraordinaria en nuestro ordenamiento jurídico?” (*Proceso civil de declaración*, Madrid, 1996, pp. 75 y ss.), por tratarse de un trabajo posterior y, por tanto, hay que presumir que recoge sus opiniones más recientes. No obstante, el aspecto más destacado de este trabajo radica en que el autor no distingue clases de legitimación extraordinaria, sino que, antes al contrario, parece asimilar legitimación extraordinaria y sustitución procesal, preocupándose de distinguir los supuestos de sustitución procesal de las llamadas *acciones directas* (pero —insisto— sin hacerlas recaer en una subcategoría de legitimación extraordinaria).

⁴⁸⁶ F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 46 y 77. Lo que caracteriza la legitimación extraordinaria, a juicio de este autor, es que la tutela jurídica que se solicita del tribunal es pedida, no por el titular de la relación jurídico-material que se deduce en el proceso, sino «por un tercero en nombre propio» (p. 48).

⁴⁸⁷ CALAMANDREI, *Istituzioni...cit.*, p. 138; cfr. F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 47, nota 6.

legitimación llamada *directa*, reconocida por la ley «a quien no es titular del derecho»⁴⁸⁸.

Básicamente, esta segunda categoría comprende lo que suele conocerse bajo el nombre de *acciones directas*. La nota diferenciadora entre la sustitución procesal y esta categoría radica en que en ésta la protección del sujeto legitimado es tal que el ordenamiento le confiere, no sólo legitimación, sino un verdadero derecho subjetivo privado frente a un tercero, que normalmente es deudor de su deudor. En la sustitución procesal, en cambio, existiendo también dos situaciones jurídicas que terminan por implicar a tres sujetos, el legislador las toma en cuenta de forma autónoma, sin crear derechos *ex novo* de carácter jurídico-material. Por decirlo con palabras de este autor, «la Ley faculta al sustituto a subrogarse en el lugar del sustituido»⁴⁸⁹; aunque, como bien precisa CORDÓN MORENO al hilo de la acción subrogatoria, no existe una subrogación –en el sentido técnico de la palabra– en el derecho subjetivo material, sino tan sólo un interés que el legislador considera prevalente, derivado de ser el sustituto el «titular de una relación jurídica sustancial conexas con la que se deduce en juicio»⁴⁹⁰.

En tercer lugar y a diferencia del trabajo anterior, el autor ilustra cuáles son los supuestos que, a su juicio, constituyen hipótesis de sustitución procesal, a saber⁴⁹¹:

- a) la acción subrogatoria del artículo 1111 CC;
- b) la legitimación del usufructuario para reclamar los créditos vencido que formen parte del usufructo (artículo 507 CC);
- c) la legitimación del arrendador para reclamar del subarrendatario el importe de la renta convenida (artículo 1.552 CC); y
- d) la legitimación del “acreedor pignoraticio”⁴⁹² para reclamar o defender la cosa pignorada frente a tercero (artículo 1896 CC).

En cambio, no son hipótesis de sustitución procesal y sí de legitimación *directa*, según este autor, los siguientes supuestos⁴⁹³: a) El del artículo 1522 CC, según el cual, en el caso de enajenarse a un extraño una parte de la cosa perteneciente a dos o más personas, los copropietarios que quieran usar del retracto «sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». b) La acción directa que se reconoce a los subcontratistas contra el

⁴⁸⁸ F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 77.

⁴⁸⁹ F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 78.

⁴⁹⁰ F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *ibidem*. Cfr. también “¿Cuál es el alcance de la legitimación extraordinaria...”, *loc. cit.*, p. 76.

⁴⁹¹ Vid. F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *ibidem*; cfr. también su “¿Cuál es el alcance de la legitimación extraordinaria...”, *ibidem*.

⁴⁹² En realidad, el autor se refiere «al dueño de las cosas pignoradas», y no al acreedor pignoraticio, pero entiendo se trata de una errata fácilmente salvable, como se hace en el texto principal (vid. F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *ibidem*; cfr. también “¿Cuál es el alcance de la legitimación extraordinaria...”, *ibidem*).

⁴⁹³ F. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 78-80.

dueño de la obra ajustada alzadamente (artículo 1.597 CC). c) La acción que compete al mandante contra el sustituto del mandatario, cuando éste fue nombrado sin que tal facultad le hubiera sido reconocida al mandatario o cuando, habiéndose otorgado dicha facultad, el sustituto fuera notoriamente incapaz o insolvente (artículos 1.721 y 1.722 CC). d) la acción directa otorgada por la legislación del seguro al perjudicado, para dirigirse contra la aseguradora en el seguro de responsabilidad civil. e) La acción que la legislación de propiedad horizontal otorga a las comunidades de propietarios para obtener el lanzamiento o la resolución del contrato del ocupante no propietario que realiza actividades prohibidas en la finca, cuando, requerido el propietario al efecto, éste no ejercitara las medidas oportunas de cesación (artículo 19 LPH de 1960). f) La legitimación de los colegios profesionales para reclamar las cantidades debidas a sus miembros en concepto de honorarios (artículo 5, letra p) LCP). g) La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar, *ex* artículo 20 LGDCU, los derechos de uno de sus asociados. h) La legitimación de la entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual para reclamar los derechos correspondan a los autores. E i) La legitimación para pedir amparo constitucional que *ex* artículo 162.. 1. b) CE, corresponde a quienes, sin ser titulares del derecho fundamental o libertad pública lesionados, puedan verse afectadas en sus intereses legítimos por una disposición, acto o vía de hecho de los poderes públicos.

En cuarto lugar, respecto de la presencia o ausencia del sustituido en el proceso, mantiene CORDÓN MORENO que en todos los casos anteriores el sustituido «no debe ser llamado al proceso»; y ello, porque «su posición procesal ya está plenamente cubierta por el mecanismo de la legitimación por sustitución»⁴⁹⁴. En este sentido y pensando, sin duda, en el ejemplo de la acción subrogatoria, dice este autor que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el italiano, el nuestro no impone la llamada al proceso del deudor sustituido, ni la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. «Cosa distinta es que el mismo [el sustituido] pueda ser llamado voluntariamente, en cuyo caso adquirirá también la condición de parte con todas las consecuencias a ella inherentes, y que pueda intervenir, si lo desea, dando lugar a un supuesto de *intervención adhesiva litisconsorcial*»⁴⁹⁵.

En quinto lugar, y relacionado con lo anterior, CORDÓN MORENO vierte una serie de consideraciones sobre la cosa juzgada y sobre la litispendencia, como institución “cautelar” de la cosa juzgada, en los supuestos de sustitución procesal (pero siempre referido a la acción subrogatoria).

Empezando por la litispendencia⁴⁹⁶, CORDÓN MORENO entiende que entre el proceso instado por el sustituto frente a tercero y el planteado por el legitimado ordinario en cuanto titular de la relación jurídica deducida en ambos procesos, existe la necesaria identidad subjetiva y objetiva, aunque difiera la persona del demandante. Y se apoya para sostener tal tesis en lo mantenido por el Tribunal Supremo en su sentencia (Sala 1ª) de 1 de febrero de 1991, a saber: que «existe jurídicamente identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas las

⁴⁹⁴ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 78.

⁴⁹⁵ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 82.

⁴⁹⁶ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 81, nota 87.

que litiguen en los pleitos, cuando la que litiga en el segundo ejercita la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que en el primero». En consecuencia, ni existe, a juicio de este autor, obstáculo alguno a la viabilidad de la excepción de litispendencia, a fin de excluir el segundo proceso jurídicamente idéntico en los supuestos de sustitución procesal; ni, por añadidura, la legitimación extraordinaria del sustituto procesal supone una limitación o restricción de la legitimación ordinaria del titular de la relación jurídica material.

Por lo que se refiere a la cosa juzgada⁴⁹⁷, CORDÓN MORENO se limita a examinar la cuestión desde el punto de vista de la acción subrogatoria. En este sentido, el autor distingue entre la eficacia de la sentencia estimatoria y la de la sentencia desestimatoria de la demanda. En el primer caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia en materia de acción subrogatoria asumen que la cosa juzgada material de la sentencia obtenida por el acreedor se extiende al deudor sustituido, aunque éste no haya litigado, en virtud de la ya mencionada identidad jurídica subjetiva. «Cabe preguntarse, sin embargo, si dicha extensión se produce también en el caso de la sentencia desestimatoria»⁴⁹⁸. En tales supuestos, tras admitir el autor que la solución no es nada clara (porque la respuesta negativa supondría admitir que la cosa juzgada se puede producir *secundum eventum litis*), expone que, en su opinión, también se produce una extensión de la cosa juzgada material al sustituido, «porque, aunque el acreedor no actúe como mandatario del deudor, ejercita el derecho de éste ante su inactividad, y con todas sus consecuencias»⁴⁹⁹. Es decir, a juicio de CORDÓN MORENO, al sustituido le afecta la sentencia como si él mismo hubiera litigado, con independencia del sentido del fallo (favorable o desfavorable).

Y en sexto lugar y último lugar, trata CORDÓN MORENO la posibilidad de realizar actos dispositivos, pero no en relación con el sustituto, sino en relación con el sustituido⁵⁰⁰. En este sentido y siguiendo el criterio general de la doctrina civilista a propósito de la acción subrogatoria, opina que el sustituido puede realizar actos de disposición sobre el objeto litigioso y sobre la acción, aunque cuestiones distintas son, de un lado, que el ordenamiento procesal arbitre cómo hacerlo y, de otro lado, los remedios de que dispone el acreedor sustituto para evitar el fraude a sus expectativas de cobro. Puesto que para esta última cuestión está previsto por el ordenamiento material (artículo 1.111 CC) que la tutela del acreedor se recabe a través de la acción revocatoria, las observaciones más interesantes de CORDÓN MORENO versan sobre cómo se soluciona, en el proceso civil diseñado por la LEC de 1881, el problema consistente en que la ley procesal no contempla ningún cauce específico que prevea la posibilidad de que el deudor sustituido haga uso de su facultad de disposición sobre el objeto del proceso. Así, hay que distinguir las siguientes situaciones. En primer término, puede darse la hipótesis de que el deudor sustituido no sea parte del

⁴⁹⁷ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, p. 82, nota 88.

⁴⁹⁸ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *ibidem*.

⁴⁹⁹ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *ibidem*.

⁵⁰⁰ CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 82-83, nota 89.

proceso, en cuyo caso para CORDÓN MORENO «habría que admitir la posibilidad de que el sustituido ajeno al proceso pudiera intervenir a los solos efectos de realizar el acto dispositivo». En segundo término, puede darse también que el sustituido haya sido llevado al proceso como demandado, en cuyo caso la solución pasaría por permitirle que «desde esta posición pudiera realizar tales actos que son propios del demandante». Y en tercer término, también cabe imaginar que el deudor sustituido inste un segundo proceso, para que, pedida la acumulación de procesos, «los actos dispositivos que realice vinculen al acreedor demandante [esto es, al sustituido] en el proceso acumulado y con derecho a intervenir».

4.2. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA TEORÍA CONCRETA DE LA ACCIÓN EN ESPAÑA

§. Habiendo sido Emilio GÓMEZ ORBANEJA el precursor de la teoría concreta sobre la acción en nuestro país, en la doctrina inmediatamente anterior a la LEC de 2000 hay que señalar a Andrés DE LA OLIVA como su más importante valedor, aunque, dentro de esta corriente, hay que adscribir también a FONT SERRA, a FERNÁNDEZ, a RIFÁ, a VALLS, a ARMENTA DEU, a TAPIA FERNÁNDEZ o a ORTELLS RAMOS.

§. Para DE LA OLIVA, en efecto, la legitimación es «un *presupuesto de la acción*», entendida ésta en sentido concreto, es decir, «uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta»⁵⁰¹.

Se trata de una aptitud que se tiene o no se tiene en relación con un concreto objeto procesal, consistente –en su ya clásica definición– en «hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (la legitimación *activa*) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación *pasiva*)»⁵⁰². Puesto que se trata de una condición o elemento de la acción en sentido concreto, la falta de legitimación conduce a una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Y su existencia normalmente se corresponde con la titularidad del derecho subjetivo privado que envuelve la acción ejercitada en el proceso (legitimación *propia*), aunque no siempre existe tal correspondencia entre legitimación y titularidad.

Entre los casos en que tal correspondencia no se produce se encuentran, según este autor, la llamada legitimación *por sustitución*, que envuelve casos excepcionales y «*taxativamente establecidos por las normas jurídicas*»⁵⁰³.

En cuanto al fundamento que está en la base de la legitimación por sustitución, mantiene DE LA OLIVA que «difícilmente [dicho fundamento es] reductible a un par de causas, a un par de explicaciones generales». La única constante que puede advertirse en este punto es que la legitimación por sustitución «siempre obedece a encadenamientos de relaciones intersubjetivas, no siendo digna de

⁵⁰¹ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 497.

⁵⁰² A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, *ibidem*.

⁵⁰³ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 500.

consideración jurídica sólo la trabazón de dos eslabones, sino (...) también los vínculos entre un sujeto y otro sujeto y el derecho o cosa de éstos, en relación, a su vez, con un tercero»⁵⁰⁴.

¿Cuáles son las hipótesis que obedecen a esta idea? De nuevo, aquí nos encontramos con la que he dado en llamar la *trilogía clásica*: la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, la legitimación del acreedor pignoraticio *ex* artículo 1869 CC y la del usufructuario en el caso del artículo 507 CC.

En todos estos supuestos excepcionales se permite al sujeto legitimado, llamado sustituto, actuar en el proceso «en virtud de un derecho que no es suyo»⁵⁰⁵, pero en nombre e interés propio. Ello le convierte en parte y, al mismo tiempo, le diferencia del representante, que actúa también por un derecho ajeno, pero en nombre e interés ajeno, por lo que no es –ni puede ser– parte en el proceso. Pues bien, aunque las diferencias teóricas entre legitimación por sustitución y representación parecen ser bastante claras, el autor es consciente de que existen algunos supuestos (en concreto, los casos de los antiguos administradores de la quiebra y del concurso de acreedores) que ofrecen ciertas dudas, porque cabe ver que el sujeto puede llegar a ser considerado parte, por poder actuar en nombre propio. Por eso, entiende DE LA OLIVA que la legitimación por sustitución queda mejor acotada si exigimos de ella que el sujeto legitimado, además de actuar en nombre propio, lo haga al mismo tiempo *en interés propio* (y no, en dichos ejemplos dudosos, en interés de la masa de acreedores). Así, según este autor, «si entendemos que es sustituto o legitimado por sustitución todo sujeto que actúa por derechos ajenos y no es claramente representante (porque él es la parte), podremos seguir opinando, como opina la mayoría hasta ahora, que los administradores de los citados patrimonios (y los de la herencia yacente) son sustitutos, pues el concepto resultará muy amplio. Si exigimos una actuación en nombre *e interés propio*, habríamos de admitir un *tertium genus*, parte legitimada por sustitución y el representante»⁵⁰⁶.

En cuanto al tratamiento procesal de la legitimación, DE LA OLIVA no establece ninguna distinción entre legitimación propia y legitimación por sustitución, porque ambas clases reciben el mismo tratamiento procesal, que es precisamente el propio de las cuestiones pertenecientes al fondo del asunto:

«Sea la legitimación directa o por sustitución, con las distinciones y precisiones que se quieran, resulta innegable que siempre constituye un presupuesto de la acción o, desde otro punto de vista, un presupuesto de la estimación de la demanda, y no de la validez del proceso o de los actos procesales, como lo son, en cambio, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal»⁵⁰⁷.

Como explica el propio autor, no es un defecto del legislador el no haber previsto el rechazo *in limine litis* de aquellas demandas de las que *a priori* pueda resultar la falta de legitimación del actor. Antes al contrario, y

⁵⁰⁴ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil, ibidem*.

⁵⁰⁵ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil, cit.*, p. 501.

⁵⁰⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil, cit.*, p. 502.

⁵⁰⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil, ibidem*.

empleando las palabras de DE LA OLIVA, «el Derecho prefiere correr el riesgo de permitir el desenvolvimiento de algunos procesos civiles enteros a consecuencia de demandas absurdas a correr otro mayor y más grave: el riesgo de que se deniegue justicia *in limine litis* a causa de la errónea y/o arbitraria aplicación de una norma general que ordenase o autorizase rechazar *ab initio* las demandas por manifiesta falta de legitimación (...) la gran mayoría de los aparentes casos de falta de legitimación ya deducible de la propia demanda serán casos en que la legitimación resulta problemática y discutible... por lo que, admitiéndose la demanda y siguiéndose el proceso, debe poder ser discutida»⁵⁰⁸.

Por lo demás, hay que llamar la atención sobre el hecho de que el autor, ni en sede de legitimación ni en sede de cosa juzgada en su manual con FERNÁNDEZ, se pronuncia sobre los efectos del ejercicio de la acción por parte del sustituto. Y si acudimos a su excelente monografía *Sobre la cosa juzgada*⁵⁰⁹ también se observará que tampoco aquí hay referencias directas a la sustitución procesal, porque, *de lege lata*, del tenor literal del antiguo artículo 1252 CC, que se ocupaba de los límites subjetivos de la cosa juzgada, no se podía extraer ninguna conclusión al respecto⁵¹⁰.

§. Discípulo –al igual que el prof. DE LA OLIVA– del maestro CARRERAS LLANSANA, Eduardo FONT SERRA también trató la sustitución procesal de forma expositiva, al comentar la voz «sustitución procesal» en la *Enciclopedia jurídica básica*⁵¹¹, donde, sobre todo, puso de manifiesto la disparidad entre los distintos supuestos que se han detectado de sustitución procesal. En este sentido, observa el autor críticamente cómo la doctrina se ha limitado a observar el fenómeno «y, en cuanto aparece en el proceso un sujeto que, sin ser propiamente un representante, fundamenta su solicitud de tutela en un derecho ajeno, entiende que es un sustituto procesal». Y añade:

«Se puede llegar así, a nuestro entender, a distorsionar el fenómeno. De ahí que deba ponerse de manifiesto, al menos, que algunos supuestos que acostumbran a citarse como ejemplos de sustitución procesal, puedan ser integrados en otras categorías procesales o, incluso, posiblemente no puedan incluirse en ninguna conocida»⁵¹².

⁵⁰⁸ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 506; ahora también en su *Curso de Derecho procesal civil I. Parte General* (con I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres, 2ª edición, Madrid, 2013, p. 451).

⁵⁰⁹ El título completo es *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal*, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, 1991.

⁵¹⁰ Sí, en cambio, del ordenamiento alemán, al que el autor alude (A. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., p. 46), donde cabe entender, siguiendo a JAUERNIG, que hay extensión de la cosa juzgada en los casos de sustitución procesal (y en la actuación de las llamadas *partes por razón del cargo*). Añadiré, además, que de poder extraerse alguna reflexión sobre la posible eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada en el ordenamiento español, ésta es más bien, a mi juicio, negadora, como puede desprenderse de las disquisiciones de este autor sobre el principio de audiencia (cfr. A. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., pp. 47-50).

⁵¹¹ E. FONT SERRA, “Sustitución procesal (Derecho procesal)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, t. IV, Madrid, 1995, pp. 6.453-6.454.

⁵¹² E. FONT SERRA, *Sustitución procesal...*, loc. cit., p. 6.453.

Ahora bien, no obstante esta disparidad, lo que agrupa todos los supuestos de sustitución procesal es, a juicio de este autor, la descripción del fenómeno y su fundamento jurídico. La descripción del fenómeno consiste, como es sabido, en que «el ordenamiento jurídico permite que, en nombre y por un interés propio, se solicite la tutela jurisdiccional en base a un derecho ajeno»⁵¹³. Y en cuanto a su fundamento jurídico, lo que está en la base de la sustitución procesal es la interconexión de relaciones jurídicas, «de tal suerte que el pronunciamiento judicial que afecte al derecho del sustituido, repercuta en el del sustituto»⁵¹⁴.

Por último, en cuanto a los supuestos de sustitución procesal, el elenco recogido por FONT SERRA es sustancialmente el mismo que el recogido por DE LA OLIVA SANTOS, con la única salvedad de apuntar que el supuesto del artículo 486 CC (sobre ejercicio por parte del usufructuario de acciones reales), citado por GÓMEZ ORBANEJA como hipótesis de sustitución procesal, «puede hallarse muy cercano a la representación»⁵¹⁵.

§. Por su parte, también para FERNÁNDEZ, RIFÁ y VALLS la cuestión de la legitimación pertenece al fondo del asunto⁵¹⁶, incluso en los casos de sustitución procesal, donde se produce una falta de coincidencia entre la parte en el proceso y la parte de la relación jurídico-material y donde, según los autores, parece presentarse el problema de la legitimación, si bien siempre circunscrita a la parte activa o actora.

«En el caso de la legitimación pasiva –escriben estos autores–, al estar excluido un fenómeno parecido al de la sustitución, estar o no legitimado depende exclusivamente de la afirmación del actor, al menos en el campo del Derecho de obligaciones»⁵¹⁷.

Afirman estos autores que la finalidad de la legitimación es, precisamente, «evitar que, como regla, se reclame en nombre propio derechos que pertenecen a otra persona», siendo así que la excepción a la misma la constituyen los casos excepcionales y de interpretación restrictiva de la «legitimación extraordinaria o sustitución procesal»⁵¹⁸.

Estos casos de sustitución procesal pasan en nuestro ordenamiento por ser los siguientes⁵¹⁹:

a) La legitimación del acreedor en el caso del artículo 1111 CC.

⁵¹³ E. FONT SERRA, *Sustitución procesal...*, ibidem.

⁵¹⁴ E. FONT SERRA, *Sustitución procesal...*, ibidem.

⁵¹⁵ Y ello, «no sólo porque textualmente se haga referencia en el precepto a una cesión de representación, sino porque además, en su caso, la adquisición del predio o derecho real se producirá para la persona del propietario» (E. FONT SERRA, *Sustitución procesal...*, cit., p. 6.454).

⁵¹⁶ M. Á. FERNÁNDEZ, J. M. RIFÁ y J. F. VALLS, *Derecho procesal práctico*, t. II, Madrid, 1995, p. 221.

⁵¹⁷ M. Á. FERNÁNDEZ, J. M. RIFÁ y J. F. VALLS, *Derecho procesal práctico*, cit., pp. 221-222.

⁵¹⁸ M. Á. FERNÁNDEZ, J. M. RIFÁ y J. F. VALLS, *Derecho procesal práctico*, cit., p. 223.

⁵¹⁹ M. Á. FERNÁNDEZ, J. M. RIFÁ y J. F. VALLS, *Derecho procesal práctico*, ibidem.

- b) La legitimación de la comunidad de propietarios para instar judicialmente la privación del uso del local arrendado contra el ocupante no titular.
- c) La legitimación de cualquier vecino para ejercitar, *ex* artículo 220 ROF, acciones en interés de la entidad local.
- d) La legitimación del arrendador para reclamar del subarrendatario, en virtud del artículo 1552 CC, el importe de las rentas debidas.
- e) La legitimación de los colegios profesionales para reclamar los honorarios debidos a sus miembros. Y,
- f) La legitimación del usufructuario para reclamar los créditos vencidos que formen parte del usufructo (artículo 507 CC).

Si bien se mira, se trata de un elenco extraído de los casos señalados por la jurisprudencia como hipótesis de sustitución procesal. De ahí que –también porque éste es el criterio de la jurisprudencia– no constituyen hipótesis de sustitución procesal ni la legitimación de cada uno de los comuneros para ejercitar acciones que competan a la comunidad, ni las llamadas *acciones directas*.

§. Por último, alguna mención ha de hacerse a la visión que sobre la sustitución procesal tiene Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, por haberse dedicado al estudio de la legitimación⁵²⁰. Aunque su principal monografía sobre *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* no trata específicamente sobre la materia objeto de este estudio (sino, antes al contrario, de distinguirla de la legitimación para los intereses supraindividuales), de su lectura puede inferirse que, para este autor, legitimación extraordinaria y sustitución procesal son términos equivalentes, pues define la legitimación extraordinaria como el «ejercicio de un derecho ajeno en nombre e interés propio»⁵²¹. No obstante, en trabajos posteriores presenta este autor la legitimación por sustitución como un supuesto paradigmático de legitimación extraordinaria, de los que son ejemplo la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, y lo que, a su juicio, son concreciones de ésta en los artículos 1512, 1650 CC y 134.5 LSA.

4.3. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LA TEORÍA ABSTRACTA DE LA ACCIÓN EN ESPAÑA

§. Entre quienes se adscriben a la teoría abstracta de la acción, entendida como el derecho a obtener una resolución de fondo cualquiera que sea su contenido, ha sido común encontrar la idea de la que la legitimación es, en palabras de

⁵²⁰ Vid. su *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, 1999; “A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable”, en *Revista del Poder Judicial*, 1999, abril-junio, núm. 54, pp. 211-276; “La legitimación activa: naturaleza jurídica y tratamiento procesal; su confusión e indebida mezcolanza con otros fenómenos y categorías procesales (TS 3ª Secc. 6ª S 9 de febrero de 1999)”, en *Tribunales de Justicia*, 2000, núm. 1, enero, pp. 74-80; y, por último, sus apuntes sobre *La legitimación*, publicados en el portal informático de Derecho *Iustel*; <<http://www.iustel.com>>.

⁵²¹ *Op. cit.*, pp. 193-196; *vid. espec.* p. 194.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «sólo afirmación de titularidad», mientras que la titularidad sustantiva «se tiene o no se tiene»⁵²². Estas afirmaciones, antes de la LEC de 2000, las podrían haber suscrito, en nuestro país, Juan MONTERO AROCA, Víctor MORENO CATENA o Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, a quienes hay que adscribir a la teoría abstracta sobre la acción⁵²³.

4.3.1. La sustitución procesal en la obra de Juan MONTERO AROCA

§. De entre ellos hay que empezar por explicar la visión de Juan MONTERO AROCA, por ser uno de los autores que más reflexiones ha dedicado en los últimos tiempos al tema de la legitimación en el proceso civil⁵²⁴. Hay que señalar que es desde esta perspectiva –y no desde, por ejemplo, los efectos de la tutela jurisdiccional- desde donde el prof. MONTERO analiza la categoría de la sustitución procesal.

Para este autor –y dejando a un lado que para él la legitimación tiene naturaleza procesal-, la legitimación puede ser ordinaria, cuando «quien demanda afirma ser titular del derecho subjetivo e imputa la titularidad pasiva al demandado», o bien extraordinaria, cuando la ley concede legitimación «a quien no puede afirmar la titularidad del derecho subjetivo (legitimación activa) o contra quien no se puede imputar la obligación (pasiva)»⁵²⁵. Esta segunda categoría –cuyos supuestos, según el autor, «tienen que superar la barrera de la constitucionalidad»⁵²⁶- puede, no obstante, subdividirse en tantas categorías como fundamentos se pueden encontrar a tal legitimación extraordinaria, a saber: la legitimación extraordinaria concedida para la tutela de los intereses

⁵²² E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, La excepción dilatoria de falta de carácter..., loc. cit., p. 272.

⁵²³ Prescindo del análisis del artículo de Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación”, en *Justicia*, I, 1997, pp. 289-314, por no tratar el tema de la sustitución procesal, que es el único enfoque que aquí interesa.

⁵²⁴ Como es sabido, al tema de la legitimación le ha dedicado el prof. MONTERO AROCA tres monografías: (*La legitimación en el proceso civil...*, cit., *La legitimación colectiva de las entidades de gestión...*, cit., y *Sobre la legitimación*, cit.), más algún trabajo (“La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual”, también ya citado), además de las consideraciones que ha vertido en los manuales de la asignatura (*vid.*, antes de la LEC de 2000, su *Derecho jurisdiccional* –con M. ORTELLS RAMOS, J. L. GÓMEZ COLOMER y A. MONTÓN REDONDO–, t. II, *Proceso civil*, 8ª ed., Valencia, 1998).

⁵²⁵ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 35-36. Otro dato, además, que en el Derecho privado agrupa a todas estas categorías bajo una única especie de legitimación de carácter extraordinario es la necesidad de una expresa norma legal que confiera en cada caso la legitimación (J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 49 y *La legitimación colectiva de las entidades de gestión...*, cit., p. 27).

⁵²⁶ J. MONTERO AROCA, *La legitimación de las entidades de gestión...*, cit., p. 34. La razón reside en que en un sistema de derechos subjetivos privados como el diseñado por la Constitución española (que garantiza la propiedad privada y la libertad de empresa en una economía de mercado, «el legislador no puede discrecionalmente legitimar a quien no afirme la titularidad del derecho subjetivo, porque ello equivale a permitir disponer del derecho a quien no es su titular (...) La posibilidad de excepciones (...) no implica que el legislador pueda crearlas arbitrariamente, pero sí que puede establecerlas allí donde existan motivos objetivos, razonables y proporcionados» (J. MONTERO AROCA, *La legitimación de las entidades de gestión...*, cit., p. 35)

privados, la concedida para la tutela de los intereses sociales o la reconocida para la tutela de los intereses públicos.

La sustitución procesal responde al tipo de legitimación extraordinaria concedida para la tutela de los intereses privados, porque a través de esta legitimación «se trata de proteger derechos o intereses particulares frente a otros derechos o intereses particulares», los del llamado *sustituto* frente a los del llamado *sustituido*⁵²⁷. Se trata de permitir que otro sujeto ejercite los derechos de uno, porque «ese es el medio más adecuado, cuando no el único, para la efectividad del derecho del primero»⁵²⁸. Y, normalmente, dice este autor, en los casos en que se produce la sustitución procesal se verifica «una ampliación de la legitimación»⁵²⁹, porque la legitimación del sustituto no hace venir a menos la ordinaria del titular de la relación jurídica deducida en el proceso.

Al igual que el prof. DE LA OLIVA, para el prof. MONTERO AROCA la explicación del fenómeno de la sustitución procesal obedece a un encadenamiento de dos relaciones jurídicas materiales, de modo que los avatares de la una repercuten negativamente en la otra⁵³⁰. Éste es, a juicio del autor, el criterio que, por ejemplo, permite discernir los supuestos de sustitución procesal de otros que no son tales, como las acciones directas⁵³¹ o la legitimación de los colegios profesionales para reclamar el cobro de los honorarios debidos a sus miembros⁵³² (que MONTERO AROCA prefiere calificar como de *representación institucional*).

§. El supuesto que más se ajusta al molde de la sustitución procesal es, a juicio de MONTERO AROCA, la acción subrogatoria del artículo 1111 CC⁵³³. En ella cabe discernir perfectamente las dos relaciones jurídicas materiales que

⁵²⁷ J. MONTERO AROCA, La legitimación en el proceso civil..., cit., p. 50.

⁵²⁸ J. MONTERO AROCA, La legitimación de las entidades de gestión..., cit., p. 36.

⁵²⁹ J. MONTERO AROCA, La legitimación de las entidades de gestión..., cit., p. 27.

⁵³⁰ Cfr. J. MONTERO AROCA, La legitimación en el proceso civil..., cit., p. 54, y La legitimación de las entidades de gestión..., cit., pp. 38-39 y

⁵³¹ Acciones que MONTERO AROCA distingue de la sustitución procesal en que, aunque también en estos casos existe una dependencia de intereses, la protección que la ley quiere brindar al legitimado llega hasta el punto de reconocerle un derecho subjetivo material *ex novo*, autónomo y distinto del que corresponde a su deudor. De ahí que, en el contrato de seguro de responsabilidad civil, la aseguradora no pueda oponer al perjudicado y a sus causahabientes las excepciones personales que le competerían contra el asegurado. Por ello, se puede afirmar que el perjudicado «no ejercita en nombre propio un derecho ajeno, sino que ejercita en nombre propio un derecho propio» (J. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*..., cit., p. 42).

⁵³² En esta hipótesis «no estamos aquí ante una legitimación por sustitución, sino ante un caso de representación voluntaria», como lo demuestra el hecho de que el colegio profesional responde ante el colegiado por negligencia, en los términos del contrato de mandato, si deja de encargarse del cobro de los honorarios (cfr. J. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*..., cit., pp. 43-44).

⁵³³ Vid. J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*..., cit., pp. 54-56, *La legitimación de las entidades de gestión*..., cit., pp. 39-40, y *Derecho jurisdiccional*..., cit., pp. 51-52.

interactúan, a saber: la del acreedor con su deudor insolvente y, a su vez, la de éste con un tercero que es deudor suyo. Pues bien, respecto de este supuesto, lo más original del pensamiento de MONTERO es que, a su juicio, la (por eso, mal) llamada acción subrogatoria «no existe autónomamente como tal; es decir, el artículo 1111 CC no configura una acción distinta de la que corresponde al deudor contra su deudor, sino que se limita a permitir que el acreedor la ejercite en virtud de la legitimación expresa que se le concede»⁵³⁴. En otras palabras, el artículo 1111 CC no configura ni un derecho material del acreedor, ni una acción *ex novo*, entendida ésta como el poder de dirigirse a los tribunales para recabar la tutela judicial de los propios derechos e intereses. Lo único que atribuye el artículo 1111 CC es legitimación extraordinaria, esto es, legitimación para deducir, no la propia relación de la que el sustituto es titular, sino la relación de la que es titular el deudor sustituido frente al *debitor debitoris*. De ahí la necesidad de que, para estar legitimado, el acreedor actuante tenga que realizar dos afirmaciones distintas: la primera, que concurren los presupuestos del artículo 1111 CC consistentes en ser acreedor de una persona, haber perseguido sus bienes, y haber resultado infructuoso el pago por insolvencia del deudor; y la segunda, que su deudor es, a su vez, acreedor de un tercero, de manera que la única solución que le resta para obtener la satisfacción de su crédito (si bien de modo indirecto) es que ese tercero pague a su deudor lo que le debe, para lo cual la ley, excepcionalmente, le permite ejercitar tal derecho.

«La acción subrogatoria –escribe este autor– no confiere al acreedor derecho material alguno, y sí un derecho procesal; las dos relaciones jurídico materiales a que nos venimos refiriendo no se ven alteradas por la legitimación que se confiere al acreedor; a éste no se le da nada que materialmente no tuviera antes. Por eso el acreedor en la demanda no debe pedir para sí; deberá pedir para su deudor, para integrar el patrimonio de éste y luego sobre el mismo posibilitar la efectividad de su derecho material»⁵³⁵.

§. Otros supuestos calificados –si bien cautelosamente– por MONTERO AROCA como de legitimación por sustitución procesal, son los siguientes⁵³⁶:

- a) La legitimación del usufructuario para reclamar los créditos vencidos que formen parte del usufructo y hubiere dado fianza para tal fin (artículo 507 CC).
- b) La legitimación del arrendador para reclamar del subarrendatario el importe de la renta convenida en el subarriendo (artículo 1552 CC).
- c) La acción directa que se reconoce a los subcontratistas contra el dueño de la obra ajustada alzadamente (artículo 1597 CC).
- d) La legitimación del mandante para dirigirse contra el sustituto nombrado por el mandatario (artículos 1721 y 1722 CC).

⁵³⁴ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 55, y *La legitimación de las entidades de gestión...*, cit., p. 39.

⁵³⁵ J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 52.

⁵³⁶ Cfr. J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 52-53, y *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 51.

e) La legitimación del acreedor pignoraticio para ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra terceros (artículo 1869 CC).

Además, respecto de la sustitución procesal *voluntaria*, MONTERO AROCA se muestra cauto:

«En el derecho español –afirma– hasta ahora no se ha descubierto caso alguno de desplazamiento convencional de la legitimación, es decir, de que se confiera legitimación en virtud de un acto de disposición del titular del derecho»⁵³⁷.

§. En cuanto al tratamiento procesal de la legitimación, hay que tener en cuenta que la legitimación, para el prof. MONTERO, condiciona el que se dicte una resolución sobre el fondo y que su falta «puede referirse a que ha formulado la pretensión persona distinta de aquella a la que la ley concede privativamente la facultad de impetrar la actuación del derecho objetivo en un caso concreto»⁵³⁸.

Así las cosas, frente a la opinión de DE LA OLIVA, quien mantiene que la falta de legitimación es tema atinente al fondo y, como tal, no puede dar lugar a la inadmisión *in limine litis* porque ningún precepto lo autoriza, MONTERO AROCA considera que cuando de las afirmaciones del actor se derive que él no es el titular del derecho subjetivo deducido en el proceso y que no obra en virtud de legitimación extraordinaria, del artículo 24. 1 CE puede deducirse la autorización legal para inadmitir *in limine litis* la demanda, porque el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sólo se refiere a los derechos e intereses legítimos propios, y no a los de otro. Ante tal falta de legitimación, entonces, el tribunal habrá de dictar una resolución de inadmisión por motivos procesales, no de fondo⁵³⁹.

Además, en su opinión, la norma que confiere la legitimación extraordinaria por sustitución es de naturaleza procesal, por lo menos en el supuesto de la acción subrogatoria. A esa conclusión llega MONTERO AROCA planteándose el supuesto de que los tribunales españoles deban resolver sobre el ejercicio de una acción subrogatoria ejercitada conforme al Derecho español en un asunto cuyo fondo venga regido por un derecho extranjero que no reconozca la acción subrogatoria (por ejemplo, el ordenamiento alemán). En tal hipótesis, dice el prof. MONTERO, «el acreedor siempre podrá utilizar la acción subrogatoria porque ésta no atiende a una cuestión de fondo (no determina la existencia y contenido de la relación jurídico material), sino que atribuye una facultad procesal, y las leyes procesales se aplican siempre atendiendo a la regla de la *lex fori*»⁵⁴⁰.

En conclusión, para este autor, la norma que confiere legitimación extraordinaria por sustitución es siempre procesal, como lo es la legitimación, de manera que constituye un verdadero presupuesto procesal, esto es, un

⁵³⁷ J. MONTERO AROCA, *La legitimación de las entidades de gestión...*, cit., p. 28, nota 57.

⁵³⁸ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 43.

⁵³⁹ Cfr. J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 89.

⁵⁴⁰ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 91-91.

requisito previo a la sentencia de fondo, tal y como se manifiesta en la forma y momento de controlarse.

Así, en primer término, «el juez ha de controlar de oficio la concurrencia de la legitimación», por ser ésta un verdadero presupuesto procesal, sin que, además, haya de dar ocasión al litigante a subsanar su falta, porque de suyo la falta de legitimación es insubsanable⁵⁴¹. Así ocurrirá, por tanto, cuando el actor afirme actuar en el proceso en nombre propio, pero ejercitando derechos declaradamente ajenos «sin norma alguna que le legitime de modo extraordinario»⁵⁴².

Junto al anterior examen de oficio, cabe, en segundo término, la denuncia de la falta de legitimación a instancia de parte, en los momentos y por los trámites establecidos en la LECA para cada clase de procedimiento.

Así, en el antiguo juicio de mayor cuantía no es posible alegarla como excepción dilatoria, porque «en la enumeración de esas excepciones, ninguna se refiere a la legitimación»⁵⁴³. Tampoco es posible el examen previo en los juicios de cognición y en el verbal⁵⁴⁴. Y en lo que se refiere al procedimiento de menor cuantía, puesto que una de las finalidades de la comparecencia de los artículos 692 y 693 LECA era «salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso», «cabe entender –a juicio de MONTERO– que se está haciendo referencia también a la legitimación»⁵⁴⁵. En concreto, dado que la legitimación extraordinaria es una cuestión procesal «separable de modo claro del tema de fondo», «si el demandado alega que no concurren los presupuestos para el ejercicio de la acción subrogatoria, está alegando un tema procesal, nítidamente distinto de la cuestión de fondo, que es posible y conveniente dejar resuelto antes de que siga el proceso»⁵⁴⁶.

Por lo demás, si –fuera de los casos excepcionales de examen previo, cuando la falta de legitimación aparezca evidente– llegara el caso de que el tribunal hubiera de resolver sobre la falta de legitimación al final del proceso, en la sentencia, a juicio de MONTERO AROCA⁵⁴⁷, los problemas que se derivarían de entender que la sentencia que absuelve al demandado por falta de legitimación del actor es una resolución de fondo se resolverían si entendiéramos que la sentencia es meramente procesal y, por tanto, carente de fuerza de cosa juzgada. Los problemas a que el autor se refiere –no lo expresa, pero se intuye– tienen que ver con la posible eficacia de la cosa juzgada *secundum eventum litis*. Es decir, mientras que la sentencia estimatoria de la demanda del acreedor sustituto tiene fuerza de cosa juzgada en todos los casos, la sentencia desestimatoria de la demanda en cuanto al fondo por falta de legitimación del acreedor sustituto plantea el grave problema de que, dejando

⁵⁴¹ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 100

⁵⁴² J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 101, y *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 55.

⁵⁴³ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 105.

⁵⁴⁴ J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 55.

⁵⁴⁵ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 106.

⁵⁴⁶ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 108.

⁵⁴⁷ Vid. J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 110-111.

imprejuizado el crédito que se ha hecho valer en el proceso, la fuerza negativa o excluyente de la cosa juzgada impediría al acreedor sustituido reclamar, en su propio nombre y derecho, la prestación de su deudor en un segundo proceso; lo que, a todas luces, se juzga inconveniente e injusto. De ahí que el autor postule que la resolución deba calificarse como meramente procesal.

4.3.2. MORENO CATENA y la noción de sustitución procesal

§. También para MORENO CATENA la sustitución procesal es una especie de la categoría general de la legitimación extraordinaria, que agrupa los casos en el que el Derecho positivo concede legitimación a sujetos que no fueron parte de la relación jurídica material o que no tomaron parte en el negocio jurídico. Pero a diferencia del autor anterior, se trata de una categoría conformada únicamente por los supuestos de sustitución procesal, de un lado, y, de otro lado, por los de comparecencia en juicio de la comunidad de bienes⁵⁴⁸.

En realidad, sobre la sustitución procesal el pensamiento de MORENO CATENA presenta pocas novedades. Se trata, a juicio de este autor, de supuestos en los que el Derecho material –no el procesal, como mantiene MONTERO– «faculta a una persona para actuar en el proceso en nombre propio y en interés propio, pero por un derecho ajeno». E incluye el autor a continuación un elenco de los supuestos que obedecen a este fenómeno:

a) La acción subrogatoria y la revocatoria (artículo 1111 CC).

Como puede fácilmente observarse, se trata del primer autor que –a mi juicio, erróneamente– incluye dentro de la sustitución procesal el supuesto de la acción revocatoria que, junto con la subrogatoria, reconoce el artículo 1111 CC como medio de tutela del derecho de crédito. Si bien se mira, por la finalidad impugnatoria que persigue, se trata de una acción constitutiva de la que puede servirse todo acreedor o tercero perjudicado, en su propio nombre y derecho; lo que, obviamente, responde al esquema de la legitimación ordinaria y no de la sustitución procesal.

b) La reclamación, por parte del usufructuario que diere fianza, de los créditos que formen parte del usufructo (artículo 507 CC).

c) La reclamación de renta convenida en el subarriendo por parte del arrendador al subarrendatario (artículo 1582 CC).

d) La acción directa del perjudicado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil (artículo 76 LCS).

⁵⁴⁸ Vid. V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. GIMENO SENDRA), 2ª ed., 1997, pp. 104-105. La comparecencia en juicio de la comunidad de bienes es un supuesto, a juicio de MORENO CATENA, de legitimación extraordinaria, porque, conforme la doctrina reiterada del TS, cualquier comunero puede actuar en el proceso en nombre propio derechos pertenecientes a la comunidad, beneficiando –pero no perjudicando– a los restantes comuneros *pro indiviso*. Sobre es supuesto, *vid infra* Parte II, Capítulo VI, Sección II, epígrafe 2.2. La incertidumbre procesal de las comunidades de bienes *pro indiviso*. De la legitimación activa “indirecta” de uno solo de los comuneros en sustitución de los restantes a la posible existencia de una representación *tácita*, pp. 457 y ss.

e) La reclamación de honorarios debidos a sus colegiados por parte de los colegios profesionales (artículo 5, p) LCP).

Por lo que se refiere al tratamiento procesal de la legitimación, la opinión de MORENO CATENA es que sólo excepcionalmente, cuando de la propia demanda resulta que la legitimación no se afirma, puede recibir ésta un tratamiento procesal propio de los presupuestos procesales. Y pone el siguiente ejemplo: que F demande a G diciendo ejercer la acción subrogatoria por un derecho de H, aún cuando manifiesta no ser acreedor de éste, sino un buen amigo⁵⁴⁹. En estos casos, terminando con este autor, éste admite tanto el control de oficio de la falta de legitimación como su control a instancia de parte.

4.3.3. La visión de RAMOS MÉNDEZ sobre la sustitución procesal

§. Con carácter previo, hay que precisar que RAMOS MÉNDEZ es de la opinión de quienes creen que la legitimación «sólo resulta de la sentencia que pone término al proceso», de manera que, en adelante, «poco importa que una persona afirmase anteriormente ser propietario o ser acreedor», porque «la sentencia crea el derecho entre las partes». De ahí que la conclusión anticipada de este autor sobre la legitimación es que «de esta noción podría, pues, tranquilamente prescindirse en el estudio del derecho procesal»⁵⁵⁰, pues «la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso»⁵⁵¹. Y, en consecuencia, «están legitimadas en un proceso concreto las partes procesales, por el mero hecho de serlo»⁵⁵².

§. Pues bien, en la visión de RAMOS MÉNDEZ, la sustitución procesal es la «figura típica de la legitimación extraordinaria», caracterizada por la disociación entre el titular del derecho material y la parte procesal, como la que se produce, paradigmáticamente, en el caso de la acción subrogatoria, con el siguiente matiz. Y es que, a juicio de RAMOS MÉNDEZ, bien mirado, el acreedor actuante no ejercita en nombre e interés propio un derecho ajeno, sino un derecho propio, que es el que, precisamente, le confiere el artículo 1111 CC.

«Por ello, la hipótesis, en mi opinión, deja de tener valor como un caso de legitimación extraordinaria y se convierte en un caso más de legitimación ordinaria»⁵⁵³.

Ahora bien, extraer de lo anterior que la categoría de la sustitución procesal pudiera resultar superflua es una afirmación un tanto apresurada, porque, junto a la hipótesis de la acción subrogatoria, existe todo un elenco de supuestos en

⁵⁴⁹ V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, cit., p. 108.

⁵⁵⁰ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., Barcelona, 1992, p. 253.

⁵⁵¹ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 254.

⁵⁵² F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 255. «Al inicio del proceso –dice este autor– atribuir otro significado distinto a la legitimación es basarse en una imagen pedagógica de lo que en su día puede resultar de la sentencia».

⁵⁵³ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 258-259.

los que está por ver que la construcción pueda ser la misma. Este elenco es, siguiendo al autor citado, el siguiente⁵⁵⁴:

- a) La acción subrogatoria y –coincidiendo en este punto con MORENO CATENA– la acción revocatoria (artículo 1111 CC).
- b) La reclamación del usufructuario que diere fianza para reclamar los créditos vencidos del usufructo (artículo 507 CC).
- c) La acción del arrendador contra el subarrendatario para reclamar el pago de la renta convenida en el subarriendo (artículo 1552 CC).
- d) La acción de los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista contra el dueño de la misma, por el importe que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación (artículo 1597 CC).
- e) La acción del mandante contra el sustituto del mandatario cuando no se le dio facultad para nombrarlo, o cuando se le dio esa facultad sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente (artículo 1722 CC).
- f) El ejercicio por el acreedor pignoraticio de las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero (artículo 1869 CC).
- g) El ejercicio de la acción directa por el perjudicado frete al asegurador, en materia de seguro obligatorio de automóviles.
- h) La reclamación por parte de los colegios profesionales de los honorarios debidos a sus miembros [artículo 5.p) LCP].
- i) El ejercicio de acciones por particulares en nombre e interés de las Entidades Locales (artículo 68 LBRL).

§. Pues bien, con independencia de lo crítico que se muestra RAMOS MÉNDEZ con la hipótesis por antonomasia de sustitución procesal, que es la acción subrogatoria, el autor, no obstante, analiza algunas de las repercusiones que puede tener la categoría en otras instituciones procesales.

Así, en primer término, para estar legitimado el sustituto es «suficiente –a juicio de RAMOS MÉNDEZ– la alegación de la norma que permite el caso de sustitución», sin que deba exigirse cualquier tipo de acreditamiento al inicio del proceso, como por ejemplo, que se han cumplido los presupuestos de la norma que funda la sustitución procesal⁵⁵⁵.

En segundo término, mantiene este autor –y es el único español, s.e.u.o., que lo asevera tan firmemente– que «el sustituido no es parte procesal (...) [por la]

⁵⁵⁴ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 264-265.

⁵⁵⁵ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 262 y 264.

propia idiosincrasia de la sustitución, que, de alguna manera, supone litigar por el derecho de un tercero o en relación con el mismo»⁵⁵⁶.

En tercer término, que el sustituido no sea parte no significa, en el extremo contrario, que sea un tercero absolutamente ajeno al proceso. Antes al contrario, y sin excluir que pueda producirse un litisconsorcio, el hecho de ser titular de la relación jurídica material que se está debatiendo en el proceso confiere al sustituido un interés bastante para intervenir en el proceso pendiente. Y la clase de intervención procesal a la que responde la situación del sustituido es la *litisconsorcial*, de manera que, como dice RAMOS MÉNDEZ, «a partir de su intervención, asume el papel de parte más importante en el proceso, quedando relegado el sustituto a un segundo término»⁵⁵⁷.

En cuarto término, expone el autor el problema del régimen de las excepciones oponibles por el demandado. El problema mismo empieza por no poder solucionarse unívocamente en todos los supuestos, sino únicamente *ad casum*; pasa por permitir al demandado la oposición de cualquier excepción que tenga contra el sustituto; y verdaderamente radica en determinar si las excepciones personales oponibles al sustituido (como la compensación) pueden ser esgrimidas por el demandado frente al sustituto. Para RAMOS MÉNDEZ, la única solución aconsejable a éste y al caso de la reconvención basada en créditos personales con el sustituido, antes de la LEC, «es la intervención provocada del propio sustituido en casos tales, aun sin existir hasta el presente ninguna norma que la apoye expresamente, pero que tampoco la prohíba»⁵⁵⁸.

En quinto término, en sede de prueba, analiza el autor las posibilidades de introducir en el proceso la declaración del sustituido y mantiene al respecto que⁵⁵⁹: a) la antigua prueba de confesión le está vedada al sustituido, porque el sustituido no es parte en el proceso; y b) así las cosas, sólo restan dos vías para incorporar al proceso la declaración del sustituido: o bien la absolución de posiciones por medio de tercero que permitía el artículo 587 LECA, en cuyo caso sustituto y sustituido tienen que actuar de consuno, o bien la prueba testifical, matizando –eso sí– el rigor de las incapacidades para testificar cuando el testigo tiene –como es el caso del sustituido– interés directo en el pleito.

Y por último y en sexto término, respecto de los actos procesales dispositivos que hipotéticamente podría realizar el sustituto, RAMOS MÉNDEZ mantiene cautelosamente que es admisible la renuncia a la acción, siempre que ésta se interprete como renuncia a la acción conferida al y ejercitada por el sustituto, sin que la misma afecte, por tanto, al derecho del sustituido, «que debe quedar imprejuizado»⁵⁶⁰. «En cambio, el convenir una transacción entre el sustituto y la parte contraria, sin audiencia del sustituido, es algo que se revela mucho más problemático. Tampoco puede descartarse en absoluto: la aprobación judicial o

⁵⁵⁶ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 265.

⁵⁵⁷ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 266.

⁵⁵⁸ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, ibidem.

⁵⁵⁹ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 266-267.

⁵⁶⁰ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 267.

la audiencia del sustituido por medio de una intervención provocada, podrían de alguna manera sustituir la falta de consentimiento del sustituido»⁵⁶¹.

5. La doctrina actual española y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

§. Como ya puso de manifiesto el prof. MONTERO AROCA, la elaboración del concepto de legitimación desde los supuestos de sustitución procesal ha conducido a que «en la actualidad las verdaderas discrepancias doctrinales no residan en lo anormal, sino en que se centren en lo normal»⁵⁶². Y es que, en verdad, exceptuando los recientes estudios monográficos de NIEVA FENOLL y de CABAÑAS GARCÍA, en materia de sustitución procesal las discrepancias o no existen o son de matiz. Por decirlo de otro modo, en la doctrina más extendida de la LEC de 2000 es pacífica la existencia de una categoría de la sustitución procesal, de la que sólo parece resultar problemático –aunque no es poco– su distinción o su ubicación sistemática dentro de otras formas de legitimación no ordinarias y los supuestos que comprende.

De entre los autores que se han examinado en las páginas precedentes, hay quienes, tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, mantienen sustancialmente la misma visión sobre la legitimación extraordinaria en general, como es el caso del prof. MONTERO AROCA⁵⁶³. Sin embargo, dentro de este panorama –digamos– de *continuidad doctrinal* destaca el hecho de que la promulgación de la nueva regulación procesal civil ha tenido por efectos el que, de un lado, destacados autores de nuestra doctrina se hayan replanteado las categorías de legitimación existentes en nuestro ordenamiento, y, de otro lado, que en los dos últimos años hayan visto a la luz las primeras monografías patrias sobre esta materia.

§. Empezando por el primero de los efectos señalados, resulta significativa la resistemización de la legitimación efectuada por el prof. DE LA OLIVA SANTOS. Para este autor, a raíz de la LEC cabe distinguir una *legitimación indirecta*, como categoría genérica contrapuesta a la legitimación del titular llamada por ello *directa*; y como subcategorías o especies de aquélla, de *legitimación por sustitución* (en los términos ya examinados) y lo que ha dado en llamar *legitimación representativa*, relativa a la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios⁵⁶⁴.

En el mismo sentido, se pronuncia la prof. ARMENTA DEU, si bien en términos más dudosos, pues no termina de decantarse por la concreta ubicación sistemática de la legitimación de asociaciones y grupos, sino que, dejando

⁵⁶¹ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 267-268.

⁵⁶² J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 32.

⁵⁶³ Vid. su *Derecho jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, Valencia, 2003, pp. 77-84.

⁵⁶⁴ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., pp. 129-132.

abierta la cuestión, opta por distinguir las distintas modalidades de defensa procesal que llevan a cabo tales grupos y asociaciones⁵⁶⁵.

§. Seguramente uno de los planteamiento más originales es el realizado por el prof. ORTELLS RAMOS, para quien la equivalencia de la figura de la sustitución procesal –el autor no utiliza esta denominación– es la *legitimación por titularidad de un poder jurídico que habilita para hacer valer, en nombre propio, el derecho de otro*⁵⁶⁶.

1º) Cuando tal legitimación se da respecto de personas privadas no estamos sino ante la sustitución procesal clásica o, según la clasificación de MONTERO, la legitimación extraordinaria conferida en atención a un interés privado. La característica común que agrupa todos los supuestos, según ORTELLS, es la existencia de un «precepto que tipifica la posición legitimante» y la presencia de un interés en el sujeto legitimado para obtener la tutela judicial de un derecho que pertenece a otro y que prevalece sobre el interés del titular mismo⁵⁶⁷.

Así, algunos de los ejemplos que se agrupan en esta categoría son, siguiendo al autor citado, los siguientes⁵⁶⁸:

- a) El usufructuario que puede reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo (artículo 507 CC).
- b) El usufructuario para reclamar un predio, un derecho real, o un bien mueble, de conformidad con el artículo 486 CC, a pesar de que este precepto se refiera a una suerte de cesión de la representación.
- c) Los acreedores en el supuesto del artículo 1111 CC.
- d) El acreedor de un crédito garantizado por la prenda, para ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa (artículo 1869 CC).
- e) El cesionario en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual tiene «legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan conferido» (artículo 48 LPI).
- f) El cesionario en exclusiva de una patente podrá, salvo pacto en contrario, ejercitar las mismas acciones que el titular de la patente frente a los terceros que infrinjan su derecho. El mismo derecho tendrá el licenciario sin exclusiva cuando, requerido el titular para que ejercite la acción, éste no lo hiciere en el plazo de tres meses (artículo 124 LP).

2º) Pero junto a esta clase de legitimación por sustitución, ORTELLS RAMOS coloca otra, conferida no en interés privado, sino en interés de un colectivo:

⁵⁶⁵ T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de ejecución y Procesos Especiales*, 2ª ed., Madrid-Barcelona, 2004, pp. 92-95.

⁵⁶⁶ ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil* (con otros), 3ª ed., Navarra, 2002, p. 161.

⁵⁶⁷ ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, *ibidem*.

⁵⁶⁸ ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, *cit.*, pp. 161-162.

«Es el caso –dice este autor- de sustitución procesal de asociaciones de consumidores y usuarios y de grupos de los mismos para pedir tutela de condena en caso de daños a los consumidores».

Se trata, precisamente, de lo que el prof. DE LA OLIVA prefiere denominar *legitimación representativa*, que es la conferida, según expresa la rúbrica del artículo 11 LEC, *para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*. Porqué quiere ORTELLS RAMOS situar esta legitimación tan especial en el mismo plano que la sustitución procesal por interés individual no lo explica -aunque se intuye: ambos son reconducibles al artículo 10. II LEC-, pese a su disparidad de régimen jurídico; disparidad que empieza por el mismo efecto de cosa juzgada material, pues mientras que el artículo 222.3 LEC extiende la cosa juzgada a los consumidores o usuarios afectados por el hecho dañoso para quienes han obrado en el proceso las asociaciones entidades y grupos de usuarios *ex* artículo 11 LEC, en la sustitución procesal por interés individual ORTELLS RAMOS omite tratar la eficacia subjetiva de la cosa juzgada material, seguramente porque éste es uno de los puntos más oscuros.

§. Por último, también merece ser destacada la reciente y original contribución de JUAN SÁNCHEZ al estudio de la legitimación⁵⁶⁹, a la que aporta –desarrollando la línea de pensamiento de MONTERO AROCA– un vasto y complejo estudio sobre intereses legitimantes y sobre las reglas de legitimación. En lo que importa a la sustitución procesal, en su «taxonomía de las situaciones legitimantes» JUAN SÁNCHEZ la incardina –o lo parece– entre las «situaciones legitimantes de titularidad compartida» por no estar reservado su ejercicio a un único sujeto⁵⁷⁰, e «indirectas», porque surgen de otra situación o relación jurídico-material conexas con la deducida en juicio⁵⁷¹.

«Se trata de supuestos de legitimación por habilitación individual para la gestión de un interés litigioso ajeno», de tal suerte que: a) la previsión del artículo 10.II LEC ha de completarse con las concretas habilitaciones nominales de la ley a ciertos sujetos⁵⁷²; y b) la ajenidad que se predica del interés litigioso –objeto del proceso– significa que el sujeto no es susceptible de ser el destinatario de la regla de Derecho⁵⁷³. Centrado en el examen de la legitimación de estos sujetos, también predica dos rasgos más comunes: uno, que su examen se efectúa en sentencia aunque no pertenece al objeto mismo del proceso y, dos, que la cosa juzgada «alcanzará tanto a las partes procesales como a los titulares de los derechos y situaciones litigiosos en aplicación del artículo 222.3 LEC»⁵⁷⁴.

El elenco de normas concretas con el que JUAN SÁNCHEZ desarrolla la tipicidad de estos supuestos comprende la acción subrogatoria y la revocatoria

⁵⁶⁹ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Cizur Menor, 2014.

⁵⁷⁰ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 155-156.

⁵⁷¹ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 156-157.

⁵⁷² JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 292.

⁵⁷³ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 165.

⁵⁷⁴ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 294.

previstas en el artículo 1111 CC y las siguientes que cita expresamente como supuestos de sustitución procesal:

- a) El usufructuario para reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo (artículo 507 CC) y para reclamar un predio, un derecho real, o un bien mueble, de conformidad con el artículo 486 CC.
- b) Los acreedores del vendedor, tras haber hecho exclusión de los bienes de éste, para hacer uso del retracto convencional.
- c) El acreedor de un crédito garantizado por la prenda, para ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa (artículo 1869 CC).
- d) El cesionario en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual, «para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan conferido» (artículo 48 LPI).
- e) El concesionario de un licencia exclusiva de patente, «frente a los terceros que infrinjan su derecho» y el licenciataria sin exclusiva tras haber requerido al titular y no éste no ejercitase la acción en el plazo de tres meses (artículo 124 LP).

En cuanto al tratamiento que propugna para analizar la legitimación en estos supuestos incardinados en el pfo. segundo del artículo 10 LEC, diferencia este autor –siguiendo su rigurosa disección de toda la materia atinente a la legitimación– dos aspectos, a saber:

1º) El primero es el análisis de la *situación legitimante*, dentro de la cual se ha de comprender el denominado “juicio de derecho o “de coherencia”, un control abstracto entre lo afirmado por el actor y los potenciales efectos de la sentencia. Su examen, aunque separable, se realiza en la sentencia y su ausencia no es propiamente una cuestión de legitimación, sino una excepción material consistente en la ausencia objetiva de acción⁵⁷⁵. Es más, propugna el autor⁵⁷⁶ que el cuestionamiento de este extremo quede exclusivamente en mano de las partes por la razón –en los supuestos que nos ocupan– de que «por ej., pudiera resultar del interés del demandado en una acción subrogatoria de que forma definitiva se desestime la pretensión antes que cuestionar que el demandante pudiera disponer de ella». Estas ideas sobre el análisis de la situación legitimante se contradicen, sin embargo, con el control anticipado que propugna *de lege ferenda* y que –en su opinión, coincidente con MONTERO AROCA– debería realizarse mediante auto por el que, de apreciarse la falta de legitimación del actor, se declarara nulo todo lo actuado⁵⁷⁷.

2º) El segundo aspecto es la existencia y aplicación de la regla de legitimación concreta que JUAN SÁNCHEZ erige en presupuesto procesal, necesario para la

⁵⁷⁵ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 294.

⁵⁷⁶ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 223–225 y 228 y 229 (por la que se cita).

⁵⁷⁷ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 232-233.

correcta configuración de la relación subjetivo–procesal, que condiciona el derecho al proceso y que, en consecuencia, puede ponerlo fin mediante auto⁵⁷⁸.

6. Las contribuciones monográficas al estudio de la sustitución procesal de Jordi NIEVA FENOLL y de Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA

§. El mérito de haber alumbrado, en el año 2004, la primera monografía española sobre la sustitución procesal, titulada precisamente *La sustitución procesal*, corresponde al prof. NIEVA FENOLL; a la que pronto, en el año 2005, ha seguido una segunda monografía, la del prof. CABAÑAS GARCÍA, bajo el título –tal vez ambiguo– de *La tutela del tercero. Estudio sobre la Legitimación indirecta, invidual y colectiva, en el proceso civil*.

En ambas obras tanto uno como otro autor exponen de manera sistemática su respectiva construcción –en algunos casos coincidente– sobre la figura de la sustitución procesal como institución jurídica, esto es, como una realidad susceptible de ser regulada unitariamente; razón por la cual ha de ser objeto de especial atención en esta tesis. Ahora bien, en este momento no corresponde sino exponer las más importantes aportaciones de sendos estudios, dejando para un momento ulterior la confrontación entre cada una de las diferentes y valiosas aportaciones de estos autores.

6.1 LA SUSTITUCIÓN PROCESAL ANALIZADA DESDE DIFERENTES PREMISAS CONCEPTUALES

§. Vaya por delante la advertencia de que, si no en sus resultados, sí en sus premisas, las respectivas obras de Jordi NIEVA FENOLL y de Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA parten de postulados radicalmente distintos.

§. El prof. NIEVA FENOLL se abscribe a la teoría abstracta sobre la acción en una modalidad que califica como *monista moderada*. Esta teoría nos es presentada por el autor como una postura que propugna la existencia de una unidad entre Derecho y Jurisdicción, pese a que, en realidad, consiste en afirmar la existencia de este último término a costa del sacrificio del primero, pues, como bien resume su defensor, «consiste, en pocas palabras, en partir de la base de que el Juez crea el derecho a través del juicio jurisdiccional que emite la sentencia, teniendo en cuenta, entre otros materiales, los datos que, como guía, le proporciona el ordenamiento jurídico positivo»⁵⁷⁹.

Pues bien, en semejantes esquemas, la legitimación, en la medida en que –a juicio de este autor– confiere, además de la *defensa procesal de un derecho*, las *facultades de uso y disfrute*, se erige en una cuestión perteneciente en su origen al Derecho sustantivo, y no al procesal. Por ello, el concepto de legitimación «carece de contenido útil para el Derecho procesal», de forma que «lo más

⁵⁷⁸ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 225-227, 229 y 232-234..

⁵⁷⁹ J. NIEVA FENOLL. *La sustitución procesal...*, cit., p. 16, nota 4; vid. también p. 45.

conveniente es apartar a la Ciencia Jurisdiccional de este concepto, y respetar la noción de Derecho civil»⁵⁸⁰.

En este sentido, se argumenta que la importación al Derecho procesal del concepto de legitimación coloca a éste en la siguiente alternativa: a) o se trata de un concepto perteneciente al Derecho civil; b) o se asume que, desde el punto de vista procesal, su contenido es inexistente; o c) se concluye que se solapa y confunde, convirtiéndose en redundante, con la capacidad procesal de las partes.

De entre las tres opciones, NIEVA FENOLL se decanta por la primera (concepto perteneciente al Derecho civil), con la precisión –no del todo clara en algunos de los pasajes de su monografía– de que cuando la legitimación lo es por sustitución, lo que atribuye el ordenamiento material al sujeto legitimado es exclusivamente la *facultad de defensa procesal del derecho*⁵⁸¹. Y, consecuentemente, se rechaza la tradicional conceptualización de la sustitución procesal como *ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno*, para propugnar en su lugar que en realidad se trata de «defensa procesal de un interés ajeno en interés propio»⁵⁸².

§. ¿Qué significa la afirmación de que sustitución procesal consiste en la «defensa procesal de un interés ajeno en interés propio»? Este primer aspecto pretendidamente rupturista no es, en realidad, del todo ajeno a la historia dogmática de la sustitución procesal, puesto que lo que se viene a defender es que el sustituto es titular de su propio derecho de acción, aunque éste verse sobre un derecho o una relación jurídica declaradamente ajenos. Opiniones similares fueron ya adelantadas por SEGNI, SATTA, RAMOS MÉNDEZ o DE LA OLIVA SANTOS, por citar sólo algunas de las opiniones más explícitas. Lo que sí convierte en originales las reflexiones de NIEVA FENOLL es la proposición de una nueva terminología: la mencionada «defensa procesal de un interés ajeno en interés propio».

En primer término, para NIEVA FENOLL es inapropiado hablar de *ejercicio del derecho ajeno en interés propio*, por dos razones. De un lado, porque ello sólo sería posible adoptando un enfoque dualista del ordenamiento jurídico que él no comparte (recuérdese que el autor se abscribe a la denominada «teoría monista moderada»). Y de otro lado, porque el sustituto, en realidad, «no ejercita ningún derecho de otro», ya que procesalmente no es posible ejercitar los derechos materiales, sino que, hablando con precisión y rigor, se solicita su defensa ante los tribunales.

Y en segundo término, tampoco es apropiado, según el autor, hablar de *ejercicio de acciones ajenas*, porque semejante afirmación sólo sería posible abrazando la teoría de la acción en sentido concreto; si bien en este punto se olvida que los defensores de la acción concreta han puntualizado que en los supuestos de sustitución procesal no hay *ejercicio de una acción ajena*, sino *ejercicio de una acción propia*, aunque el derecho deducido sea declaradamente ajeno⁵⁸³.

⁵⁸⁰ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 32-38.

⁵⁸¹ Cfr. *La sustitución procesal...*, cit., p. 40.

⁵⁸² J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 41, 64 y *passim*.

⁵⁸³ *Vid.*, al respecto, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 156.

En definitiva, lo que el sustituto procesal hace, a juicio de NIEVA FENOLL, no es sino ejercitar «un derecho, claramente propio, a defender procesalmente los intereses de otro»⁵⁸⁴. Y el ejercicio de este derecho –que no es sino una *acción*– se expresa mejor, a su juicio, con la fórmula «defensa procesal de un interés ajeno en interés propio»⁵⁸⁵.

El fundamento de esta «defensa del interés ajeno en interés propio» obedece a la propia coherencia del ordenamiento jurídico–privado y se halla, asimismo, en el propio ordenamiento jurídico-material: en la salvaguarda de la esfera jurídica del sustituto y, más concretamente, en la evitación a éste de los perjuicios deliberados o involuntarios que se derivan de la falta de defensa de un derecho por su titular, con quien el sustituto está unido por una determinada relación jurídica⁵⁸⁶.

La concesión legal de esta facultad de defender procesalmente un interés ajeno obedece, por tanto, a razones jurídico-materiales, y no jurídico-procesales.

Lo que la ley concede al sustituto es, al parecer de NIEVA FENOLL, lo mismo que la legitimación, el uso y disfrute de un derecho, sólo que en este caso el *uso* y *disfrute* «no es otro que el de acudir a un proceso defendiendo un interés ajeno»⁵⁸⁷, que –mejor– debiera considerarse un acto de ejercicio. En el proceso no se discutirá, a su juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva del sustituto, sino la citada facultad, que tiene carácter material, aunque se ejercite ante la jurisdicción. Sólo este último aspecto tiene importancia para el Derecho procesal, pero la valoración sobre si tal facultad existe o no en el caso concreto pertenecerá, lo mismo que la legitimación, al fondo del asunto, regida por el Derecho civil. De hecho, resulta absolutamente original el planteamiento que este autor hace de la mencionada facultad del sustituto procesal, convirtiéndola en objeto necesario del proceso; proceso caracterizado por tener una pluralidad necesaria de objetos: de un lado, la pretensión del sustituto de defender en interés propio el interés declaradamente ajeno, y, de otro lado, la pretensión

⁵⁸⁴ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., p. 45.

⁵⁸⁵ No obstante, conviene advertir que el término *interés* adquiere una significación algo ambigua en la obra de NIEVA FENOLL, pues ni se emplea de forma unívoca ni se da una definición sobre lo que ha de entenderse por tal (cfr. *La sustitución procesal...*, cit., pp. 94-99). En ocasiones parece significar la «propia satisfacción» (J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 94) o el «beneficio propio» (p. 95) del sujeto. Sin embargo, en otras ocasiones se asimila a «motivación interna» del sujeto (p. 96). La cuestión no es baladí – máxime cuando se propone una terminología alternativa a la tradicional-, por el carácter polisémico del término *interés*. Baste recordar por ahora que el término *interés* se emplea tanto en el lenguaje vulgar, entendido como provecho o utilidad; como en materia de teoría general del Derecho, donde se habla de *interés* como situación jurídica de poder existente junto a la categoría de *derecho subjetivo*; o en el ámbito del Derecho procesal en general, como condición de la acción (vid., por todos, F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003, pp. 27 y ss.) y, en particular, de la tutela declarativa [vid. M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, 2008, pp. 218 y ss.] o en la sustitución procesal, donde desde antiguo se ha caracterizado la actuación del sustituto como una actuación en nombre «e interés propio».

⁵⁸⁶ Vid., J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 41-44.

⁵⁸⁷ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., p. 40.

relativa a la llamada *actuación del interés ajeno*⁵⁸⁸. Esta visión es, ciertamente, inédita en la doctrina y hasta sugerente, pero está envuelta en el equívoco –que más adelante se examinará– de considerar una determinada concepción de la acción subrogatoria y tomarla como paradigma de sustitución procesal.

§. Por su parte, el prof. CABAÑAS GARCÍA concibe la legitimación «como presupuesto de la acción concreta»⁵⁸⁹, esto es, como un condición subjetiva de la acción, entendida ésta –al modo en que, entre otros, lo hace el prof. DE LA OLIVA SANTOS– como el derecho subjetivo público a obtener una sentencia de contenido favorable.

Ahora bien, del mismo modo que la existencia del proceso no depende de la real y efectiva existencia de la acción, sino de que sea afirmada como tal en la demanda (lo que se denomina «pretension»), así tampoco se exige que la legitimación *exista* ya *ab initio*. En otros términos, la legitimación no es un presupuesto procesal ni, a la vista de su regulación, recibe el mismo tratamiento que éstos. Antes al contrario, el examen sobre la legitimación pertenece al fondo del asunto:

«La comprobación –afirma CABAÑAS GARCÍA– de la veracidad de la titularidad afirmada (directa o indirecta) no es importante hasta el final, desplegando mientras un valor instrumental, permitiendo poner en marcha el proceso»⁵⁹⁰.

§. Como fácilmente se comprende, una y otra visión comparten, en el fondo, la idea común de que la legitimación es cuestión perteneciente al fondo. Pero éste no es el único punto en común entre la visión de ambos autores. Yendo más allá, las más importantes contribuciones al estudio de la sustitución procesal por parte de NIEVA FENOLL y de CABAÑAS GARCÍA son, esencialmente, estas otras: a) la cada vez más ajustada definición respectiva sobre la sustitución procesal, propuesta, cada una de ellas, a partir del análisis de un amplio abanico de supuestos; b) la identificación de características comunes o parámetros identificadores –en algunos casos coincidentes– de la figura de la sustitución procesal; y c) el análisis de un régimen jurídico-procesal unitario para toda la categoría.

Por su parte, la diferencia más notoria radica, acaso, además de en la diferente denominación de la figura («sustitución procesal» según NIEVA FENOLL; «legitimación indirecta», según CABAÑAS GARCÍA⁵⁹¹), en la forma de explicar lo que para cada uno de estos autores constituye el objeto del proceso.

⁵⁸⁸ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 95, 119, y 130 y ss.

⁵⁸⁹ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero: estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Madrid, 2008, p. 65.

⁵⁹⁰ CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 68.

⁵⁹¹ Sobre las diferentes opciones nominales, *vid.*, respectivamente, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. _____, y CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 29-39.

6.2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL O LEGITIMACIÓN INDIRECTA

§. Empecemos señalando el carácter novedoso –de «original» lo califica Manuel SERRA DOMÍNGUEZ en el prólogo– de la definición y caracterización de la sustitución procesal en el trabajo de NIEVA FENOLL.

Abandonando la clásica definición chiovendiana de la sustitución procesal como «ejercicio en nombre e interés propio de un derecho ajeno», el autor prefiere hablar, en versión resumida, de la ya aludida «defensa procesal de interés ajeno en interés propio»⁵⁹², si bien define más extensamente la sustitución procesal como:

«la institución jurídica en virtud de la cual un sujeto defiende ante la Jurisdicción intereses ajenos, con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no perjudique una relación negocial previa que posee con dicho titular»⁵⁹³.

De ello se sigue que los requisitos que deben concurrir para que estemos ante un supuesto de sustitución procesal son los siguientes⁵⁹⁴:

a) *La pasividad del titular en la defensa procesal de sus propios derechos.* La pasividad del titular se concibe aquí de forma amplia. Puede obedecer tanto al «desinterés del auténtico titular», como a la «dificultad» para ejercitarlo. Lo relevante, a estos efectos, es que «el titular no actúa su interés, bien porque no quiere, bien porque no puede hacerlo en condiciones»⁵⁹⁵. La razón de ser de esta primera característica es sencilla de comprender. Comoquiera que en un ordenamiento jurídico–privado inspirado por el principio de autonomía de la voluntad de los sujetos, es, en principio, el titular de un derecho quien decide soberanamente cuándo y cómo lo ejerce (dentro de ciertos límites legales; cfr. artículo 6 CC), también puede suceder que éste decida lícitamente *no hacerlo*. Y aunque esta inactividad va en perjuicio, como regla, del propio titular (que deja de percibir los efectos del ejercicio de sus derechos), sin embargo, sucede en ocasiones excepcionales que dicha inactividad perjudica a un tercero, a quien, para evitar tales perjuicios, la ley otorga la facultad de defender el interés ajeno en el propio interés. De ahí el carácter excepcional de la figura.

b) *La producción de un perjuicio para un tercero como consecuencia de esa inactividad.* Éste es, para NIEVA FENOLL, el verdadero fundamento de la figura, y no el interés propio del sustituto, que en realidad no es sino la consecuencia de aquel perjuicio⁵⁹⁶. Este requisito constituye la razón por la que se permite a un tercero invadir la esfera jurídica de otro sujeto, permitiendo a aquél ejercitar los derechos de éste. Respecto de este ejercicio del derecho ajeno, el sustituto ostenta, a juicio del autor, un interés de naturaleza

⁵⁹² J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 41, 64 y *passim*.

⁵⁹³ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., p. 44.

⁵⁹⁴ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 43- 44

⁵⁹⁵ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., p. 43.

⁵⁹⁶ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 43, 94-95.

patrimonial⁵⁹⁷. Pero más allá de esta cuestión resulta dudoso si el interés en el ejercicio del derecho ajeno es de tipo reflejo o más bien directo.

La mayor parte de la doctrina se inclina por el carácter reflejo del interés del sustituto, por cuanto en la mayor parte de los casos el sustituto no es beneficiario directo de los efectos de la sentencia. NIEVA FENOLL, en cambio, aboga por el carácter directo del interés del sustituto en la actuación del derecho ajeno. Así, pese a que en la mayor parte de los casos el sustituto no sea el beneficiario directo de los efectos de la sentencia, ello ni le convierte en un mero interviniente adhesivo simple, ni los intereses de uno y otro son equiparables. Mientras que el interviniente aprovecha la pendencia del proceso ajeno para intentar evitar efectos desfavorables sobre su esfera jurídica, el sustituto requiere de la existencia de ese proceso, al que el Derecho le reconoce la facultad de instar, para obtener los mismos efectos materiales que obtendría el sustituido y que se traducen en una mejora o conservación del patrimonio de éste⁵⁹⁸.

c) *La existencia de una relación negocial entre el titular y el tercero (sustituto)*. Que la doctrina había aludido anteriormente a la existencia de algún tipo de vínculo jurídico entre sustituto y sustituido no es cosa novedosa. Sin embargo, NIEVA FENOLL abunda en el estudio de esta necesaria vinculación jurídica, precisando que ha de tratarse de una *relación negocial directa*⁵⁹⁹. Esto significa que en la sustitución procesal el sustituto ha de tener vinculación única y exclusivamente con el titular del derecho, y no con el objeto de éste. De lo contrario, razona NIEVA FENOLL, una eventual relación jurídica del sustituto con el objeto de la relación jurídica ajena podría llegar a justificar su legitimación según las reglas ordinarias, y no al amparo de una sustitución procesal.

Además, a los anteriores requisitos han de unirse todavía los dos siguientes:

d) *Que la actuación del sustituto obedezca a la defensa del interés ajeno en interés propio por parte del sujeto no titular*. Éste es, precisamente, el parámetro más utilizado por NIEVA FENOLL para discernir los supuestos de verdadera sustitución procesal de otras figuras afines (sobre ello, *vid. supra*, aptdo. 21.1).

e) *La expresa previsión legal del supuesto en cuestión*. La quinta característica, no enunciada como tal, pero considerada imprescindible⁶⁰⁰, consiste en la *expresa previsión legal* de la legitimación por sustitución. La razón -se intuye- obedece al carácter excepcional de que un no titular ejercite en interés propio un determinado derecho, motivo por el cual constituye, al mismo tiempo, un límite para el legislador, quien, a juicio del autor, debería abstenerse de crear supuestos de sustitución procesal en casos no justificados por la concurrencia de los anteriores requisitos.

⁵⁹⁷ Cfr. J. NIEVA FENOLL, , *La sustitución procesal...*, *ibidem*.

⁵⁹⁸ Cfr. J. NIEVA FENOLL, , *La sustitución procesal...*, pp. 97-98.

⁵⁹⁹ *Vid.* , al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, *cit.*, pp. 43-44.

⁶⁰⁰ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, *cit.*, p. 43, espec. nota 25, y pp. 146 y 161.

§. La definición que propugna CABAÑAS GARCÍA es, en cambio –como no deja de reconocer el autor, más descriptiva:

«Se entiende por legitimación indirecta, la titularidad subjetiva del derecho de acción conferido a un tercero para la defensa de derechos o intereses legítimos que le resultan generalmente ajenos pero que sirven a la satisfacción de un interés propio, fundado a su vez, éste en derechos o intereses legítimos; viniendo propiciada su actuación por la inactividad voluntaria o forzosa del titular material, en los casos que taxativamente establezca la ley, con total autonomía y plenitud de poderes procesales, salvo aquellos que devengan incompatibles con su función tuteladora»⁶⁰¹.

Y en cuanto a los elementos propios de esta legitimación indirecta, coincide el prof. CABAÑAS GARCÍA con NIEVA FENOLL en señalar también cinco, a saber:

a) *La existencia de una relación jurídica ajena cuyo titular permanece inactivo.* La inactividad del titular –bien por voluntad propia bien por haber sido privado de legitimación– es, para el prof. CABAÑAS GARCÍA, el «presupuesto causal» de la legitimación indirecta⁶⁰². Lo más relevante es que este primer parámetro comprende bajo el concepto de legitimación por sustitución los casos de *privación de legitimación*.

b) *La titularidad por parte del legitimado indirecto de un derecho o interés legítimo.* El derecho o interés legítimo del sustituto surge de un vínculo de carácter material con el titular inactivo y que tiene naturaleza objetivo–subjetiva. Este vínculo, a juicio del autor, obedece siempre a alguna de las tres siguientes causas:

b') *Identidad de relación jurídica.* Concorre en los casos de comunidad de bienes y en ellos el sujeto legitimado ostenta una legitimación parcialmente directa e indirecta al mismo tiempo.

b'') *Prejudicialidad material.* Comprende los clásicos supuestos de sustitución procesal caracterizados por un encadenamiento de relaciones jurídicas en las que existe comunidad parcial de sujetos, de suerte que la relación jurídica del titular constituye un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación del tercero legitimado indirectamente.

b''') *Inclusión en el objeto social de la entidad legitimada.* Se trata de los supuestos que el prof. DE LA OLIVA SANTOS prefiere denominar «legitimación representativa» y en los cuales el vínculo objetivo–subjetivo del tercero con el titular proviene del interés institucional que el ordenamiento cualifica para permitir a una entidad ejercitar derechos ajenos relativos a su objeto social, en nombre propio.

c) *Su finalidad tendente a la satisfacción de intereses jurídicamente relevantes.* Tales intereses son, a juicio del autor, de dos tipos, material y procesal, y deben predicarse simultáneamente del legitimado indirecto y del titular inactivo.

⁶⁰¹ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 197.

⁶⁰² *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 95.

d) *Atribución de acción específica*. En atención a los elementos anteriores, se concede al legitimado un *propio* derecho subjetivo público a impetrar la tutela judicial respecto de la relación jurídica *ajena*, esto es, una acción autónoma, y no la misma acción del titular con un mero cambio en el sujeto activo.

Ahora bien, como particularidad del pensamiento de este autor, es de señalar que, por excepción y contradictoriamente, afirma que la legitimación por sustitución también puede ser *pasiva*, en cuyo caso la legitimación indirecta habilita no para accionar, sino, simplemente, para defenderse⁶⁰³.

e) *Existencia de norma jurídica*. Éste es un «presupuesto formal» de la legitimación indirecta⁶⁰⁴ que, en todo caso, no carece de relevancia, pues, de un lado, el autor defiende el carácter tasado de los supuestos de legitimación indirecta, lo que dota a este elemento de carácter cuasi-constitutivo de la legitimación indirecta; y, de otro lado, la positivización del supuesto en cuestión entraña que la legitimación del tercero pasa a formar parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24. 1 CE, de configuración legal. Por lo demás, la naturaleza procesal o, por el contrario, material, de la norma habilitante no puede resolverse, a juicio de este autor, de forma uniforme, sino *ad casum*.

6.3. CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL O LEGITIMACIÓN INDIRECTA

§. Por *contenido* aludimos a los supuestos que los profs. NIEVA FENOLL y CABAÑAS GARCÍA consideran propios de la sustitución procesal o de la legitimación indirecta, respectivamente, por ajustarse a parámetros señalados por cada autor como característicos de la figura. En este punto, hay que tener en cuenta lo numeroso de los supuestos que señala CABAÑAS GARCÍA, en coherencia con la amplitud con la que concibe la legitimación indirecta, frente al carácter más restrictivo que tiene la figura en el pensamiento de NIEVA FENOLL.

§. Empezando por el prof. NIEVA FENOLL, los supuestos que, a su juicio, constituyen ejemplos propios de sustitución procesal en el Derecho procesal civil son, hoy por hoy, los cinco siguientes.

a) La acción de los auxiliares del contratista contra el dueño de la obra (artículo 1597 CC).

En virtud de lo establecido en el artículo 1597 CC, «los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hce la reclamación»⁶⁰⁵. Se trata de la comúnmente llamada *acción directa de los auxiliares del contratista contra el dueño de la obra*; acción en la que, sin embargo, concurren, a juicio de NIEVA FENOLL, todos y cada uno de los requisitos necesarios de la sustitución procesal.

⁶⁰³ Cfr., J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 165-166.

⁶⁰⁴ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 167.

⁶⁰⁵ Vid., al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 85-86.

b) Las acciones del acreedor pignoraticio en defensa de la cosa pignorada (artículo 1869 CC)

También constituye, en la opinión de NIEVA FENOLL, un caso de sustitución procesal el previsto en el artículo 1869 CC, a cuyo tenor «[...] el acreedor [pignoraticio] podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero». En este caso, matiza el autor que el supuesto adquiere caracteres híbridos entre la legitimación ordinaria y la legitimación por sustitución, por cuanto el acreedor pignoraticio defiende simultáneamente el interés propio y el ajeno.

c) La legitimación del licenciataria exclusivo de la patente (artículo 124.1 LP).

Según este precepto, «el concesionario de una licencia exclusiva podrá ejercitar en su propio nombre todas las acciones que en la presente Ley se reconocen al titular de la patente frente a los terceros que infrinjan su derecho (...)». Aquí de nuevo concurren, según el autor, la defensa de un interés marcadamente ajeno en interés propio, según una visión, en mi opinión, demasiado influenciada por el tenor literal del precepto.

d) Las acciones de responsabilidad social reconocida en determinadas circunstancias a los terceros acreedores contra los administradores (artículo 134.5 LSA).

Según el artículo 134.5 LSA, «los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos». En este sentido, puesto que la acción social es ajena respecto de los terceros acreedores y dado que los efectos materiales de su ejercicio revierten directamente en el patrimonio social, y no en el particular de los acreedores, existen motivos, a juicio de NIEVA FENOLL, para encuadrar el supuesto dentro de la categoría de la sustitución procesal.

e) La acción subrogatoria (artículo 1111 CC).

§. Los supuestos de legitimación indirecta detectados en nuestro ordenamiento por CABAÑAS GARCÍA son notablemente más numerosos –basta, por tanto, con enumerarlos–; y se encuentran clasificados en función de la naturaleza del vínculo subjetivo–objetivo que relaciona al tercero legitimado con el derecho o interés ajeno, de la siguiente manera:

A) Vínculo consistente en *identidad de relación jurídica*:

- a) La legitimación del comunero, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- b) La legitimación del grupo de afectados *ex* artículos 7.3 LOPJ y 11.2 LEC.

B) Vínculo consistente en *prejudicialidad*:

- a) La acción subrogatoria del artículo 1111 CC.
- b) La legitimación del usufructuario *ex* artículo 507 CC.
- c) La acción del arrendador contra el subarrendatario por impago de las rentas (artículo 1552 CC).
- d) La legitimación del acreedor pignoraticio *ex* artículo 1869 CC.

- e) La acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, ejercitada por los accionistas y, en su defecto, por terceros acreedores.
- f) La acción de los acreedores del concurso (artículo 54. 4 LC).

C) Vínculo consistente en su relación con el *objeto social* de la entidad legitimada:

- a) La legitimación de los colegios profesionales en defensa de sus miembros individuales.
- b) La legitimación de entidades representativas de intereses supraindividuales en materia de competencia desleal (artículo 19. 2. a) LCD), de condiciones generales de la contratación (artículo 16 LCGC), y de publicidad sexista (artículos 3. a) y 21 bis c) LGPubl).
- c) La legitimación, en defensa de consumidores, de asociaciones de consumidores y usuarios, asociaciones de afectados, entidades europeas.
- d) La legitimación de entidades de gestión de la propiedad intelectual.

6.4 PECULIARIDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL O LEGITIMACIÓN INDIRECTA

§. Uno de los principales méritos de los estudios monográficos de los profs. NIEVA FENOLL y CABAÑAS GARCÍA radica en haber analizado un régimen jurídico-procesal más o menos homogéneo aplicable a la sustitución procesal y cuyo examen conjunto, sin perjuicio de volver sobre ellos más adelante, puede sintetizarse de la siguiente manera.

6.4.1. Presencia y ausencia del sustituido en el proceso. Sus poderes y facultades procesales

§. Que el sujeto titular del derecho o interés actuado, el sustituido, pueda a actuar en el proceso ha sido y es cuestión indubitada. Otra cosa es que *deba ser parte* en el proceso, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de litisconsorcio necesario, o, quedando su actuación limitada a la intervención procesal, *cuál sea* la clase de intervención más adecuada a la tutela de sus intereses.

La respuesta a las anteriores cuestiones pasa por despejar primeramente la clase de interés que ostenta el sustituido respecto del proceso instado por el sustituto. Y, en este punto, tanto NIEVA FENOLL como CABAÑAS GARCÍA defienden con firmeza que el interés del sustituido es de tipo *directo* y su actuación, *voluntaria*⁶⁰⁶. Ello conduce a excluir la necesidad de un litisconsorcio en el proceso⁶⁰⁷ y a postular que el sustituido pueda tener entrada en el mismo al amparo de la figura de la *intervención adhesiva litisconsorcial* (si bien con matices en el caso de CABAÑAS GARCÍA).

⁶⁰⁶ Vid., J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 243-248.

⁶⁰⁷ Salvo en el caso, claro está, de que el sustituto, en la misma demanda, dirija una pretensión autónoma contra el propio titular en calidad de demandado, en cuyo caso estaremos en presencia de una acumulación subjetiva de acciones, y no ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

§. De entrada, tanto el prof. NIEVA FENOLL como el prof. CABAÑAS GARCÍA niegan que estemos ante un supuesto de litisconsorcio necesario⁶⁰⁸, puesto que el objeto del proceso instado por el sustituto no es ni único ni indivisible. En otras palabras, no existe una pluralidad necesaria de sujetos – como dice el artículo 12.2 LEC- «conjuntamente considerados». Antes al contrario, puesto que la legitimación por sustitución supone la inactividad previa del titular en el ejercicio de sus derechos, «habría que decir –con el prof. CABAÑAS– que son conceptos que se contraponen»⁶⁰⁹.

§. Ahora bien, lo anterior no significa, en el otro extremo, que pueda negarse al sustituido su derecho a participar en el proceso en calidad de interviniente. En este sentido, existen ciertas divergencias entre la postura de NIEVA FENOLL y la de CABAÑAS GARCÍA sobre la clase de intervención que mejor conviene a los casos de legitimación por sustitución.

Para el primero, puesto que el sustituido ostenta un interés parcialmente coincidente con el del sustituto respecto del objeto litigioso del proceso, «la intervención que mejor se compagina con sus necesidades es la intervención litisconsorcial»⁶¹⁰, si bien con dos matices relativos a su libre actuación en el proceso.

En primer término, el sustituido debe poder cuestionar la legitimación por sustitución de su litisconsorte, que es el demandante sustituto. Y,

En segundo término, tal libre actuación no puede llegar al punto de ir contra sus propios intereses colocándose junto a la parte demandada para defender la improcedencia del derecho material de fondo.

Ello hace del sustituido, a juicio de NIEVA FENOLL, un interviniente litisconsorcial *sui generis*, por su diferente grado de independencia en comparación con cualquier otro interviniente litisconsorcial respecto de la parte originaria. En palabras del propio autor:

«Ello provoca un curioso esquema de esta intervención, aunque en absoluto inédito, en el cual el sustituido puede acabar siendo interviniente litisconsorcial con respecto a ambas partes en el proceso, dependiendo de a cuál de las dos pretensiones nos estemos refiriendo [...]»⁶¹¹.

Para el segundo autor, en cambio, es preciso distinguir dos supuestos, según que el titular haya sido privado *ex lege* o no de legitimación⁶¹². En el primer caso, su acceso al proceso es posible a través de la *intervención adhesiva simple*, pues por sí mismo no podría haber instado el proceso; en el segundo caso, en cambio, la intervención que mejor conviene al titular sustituido que no

⁶⁰⁸ Vid., J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 117-121, y J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 225.

⁶⁰⁹ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, *ibidem*.

⁶¹⁰ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 111.

⁶¹¹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 113. Respecto a cuáles, en concreto, pueden ser los motivos de oposición del sustituido frente al sustituto demandante, vid., J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 121-123.

⁶¹² Vid. J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 243-248.

ha sido privado de legitimación y que, por tanto, podría haber instado él mismo el proceso frente al tercero, es la *intervención adhesiva litisconsorcial*.

Coherentemente, aunque pueda parecer voluntarista, la diferente clase de intervención adhesiva del titular repercute sobre sus poderes y facultades procesales. Lo más relevante radica en la diferente visión que tiene CABAÑAS GARCÍA sobre la libre y autónoma actuación del titular cuando accede al proceso en calidad de interviniente adhesivo litisconsorcial, pues, al contrario que el prof. NIEVA FENOLL, el prof. CABAÑAS antepone la voluntad del titular a la del sustituto demandante en caso de conflicto de intereses. Al decir del propio autor:

«(...) estando presente el propio titular del derecho que se tutela, difícilmente podría tolerarse (salvo en casos de privación *ex lege* de su legitimación natural (...)) que el tercero (legitimado indirecto) se superponga en cuanto a la formulación de la pretensión, a los propios deseos del titular»⁶¹³.

§. Por otro lado, al no tener que ser obligatoriamente demandado el sustituido, los autores llaman la atención sobre la importancia de dar conocimiento al sustituido de la existencia del proceso e, incluso, de crear en él la llamada *carga del proceso*, de tal forma que a éste afecte en todo caso la cosa juzgada material de la futura sentencia. En este sentido, aunque aparentemente NIEVA FENOLL parezca mostrar una postura más flexible y menos exigente que la sostenida por CABAÑAS GARCÍA, lo cierto es que, en lo sustancial⁶¹⁴, ambos autores se muestran conformes en dar a conocer la existencia del proceso y sujetar a su resultado al titular sustituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 150.2 LEC, que posibilita al tribunal notificar la pendencia del proceso a terceros afectados por la sentencia. Esta notificación podrá solicitarla el propio actor ya en su demanda bajo la fórmula tradicional de los “otrosíes”⁶¹⁵, aunque ello no exime al tribunal de su aplicación *ex officio*⁶¹⁶.

§. Por último, cabe considerar la hipótesis de que el sustituido se mantenga al margen del proceso, puesto que ni ha de ser necesariamente demandado ni su efectiva intervención es obligatoria.

Pues bien, el voluntario apartamiento del proceso por parte del sustituto no excluye, empero, toda participación suya en el proceso, ni tiene por qué suponer desconocimiento del mismo, aunque no llegue a mostrarse parte. En el primer sentido, la persona del sustituido podrá ser fuente de prueba, a través del interrogatorio que permite el artículo 301.2 LEC⁶¹⁷, mientras que, en el segundo

⁶¹³ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 307.

⁶¹⁴ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 120, y 147-149, y J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 296. Adviértase, no obstante, que mientras para NIEVA FENOLL el art. 150.2 LEC «parece verdaderamente hecho a la medida» de la sustitución procesal (*La sustitución procesal*, cit., p. 148), para CABAÑAS GARCÍA parece tratarse de una solución imperfecta, pero suficiente en tanto no se implante un verdadero «*deber judicial de comunicación* al sujeto la existencia del proceso» (*La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 295).

⁶¹⁵ Vid., J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 120, y 147-149.

⁶¹⁶ Cfr. J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 296.

⁶¹⁷ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 101-103 y 148, y J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 300-302.

sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de un lado, permite a «los interesados» en general –y, en particular, el sustituido lo es sin duda– examinar, conocer y hasta obtener copias simples de las actuaciones⁶¹⁸ (artículo 234 LOPJ), y, de otro lado, exige notificar al sujeto sustituido cuantas resoluciones se dicten a lo largo del procedimiento⁶¹⁹ (así el artículo 270 LOPJ, que alude literalmente a «a quienes se refieran [las resoluciones] o puedan parar perjuicios»).

6.4.2. El objeto del proceso

A) *La pretensión o pretensiones del sustituto*

§. La determinación del objeto del proceso es uno de los aspectos más complejos que presenta la sustitución procesal y, en este punto, merece resaltarse el hecho de que las obras de los profs. NIEVA FENOLL y CABAÑAS GARCÍA representan dos visiones profundamente antitéticas sobre lo que constituye el objeto del proceso en los casos de legitimación por sustitución.

Para este último, como para la gran mayoría de autores que han tratado el tema, el objeto del proceso está constituido por las pretensiones fundadas en la relación o situación jurídica ajena que une al titular ausente con el tercero. Sin embargo, en el pensamiento –en este punto, originalísimo– de NIEVA FENOLL los casos de sustitución procesal suponen, siempre y en todo caso, un proceso con una *pluralidad necesaria de pretensiones*; pretensiones que inicialmente serán dos como mínimo, pero que puede comprender eventualmente una tercera, relativa a la relación que une a sustituto y sustituido. El carácter novedoso de este planteamiento merece alguna explicación ulterior.

B) *El carácter complejo del objeto del proceso, según NIEVA FENOLL*

§. «Desde el punto de vista empírico», dice NIEVA FENOLL⁶²⁰, se pueden distinguir dos diversas pretensiones que el sustituto deduce en su demanda: en primer término, la pretensión del sustituto de defender en interés propio el interés declaradamente ajeno y, en segundo término, la pretensión relativa a lo que da en llamar *actuación del interés ajeno*; pretensiones ambas que convierten el objeto del proceso en un objeto *complejo*.

Ello significa que serán, al menos, dos los pronunciamientos que se pidan del tribunal: uno merodeclarativo, consistente en que se reconozca la sustitución procesal y el otro de condena (aunque puede ser de otra naturaleza), relativo a la actuación del interés ajeno.

En concreto, el sustituto, según NIEVA FENOLL, pedirá que se dicte «sentencia en la que se reconozca la sustitución procesal, y se condene al

⁶¹⁸ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 148.

⁶¹⁹ Así se deriva de la interpretación sistemática que efectúa el prof. CABAÑAS GARCÍA sobre el art. 270 LOPJ (cfr. su obra *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 296, nota 950).

⁶²⁰ *La sustitución procesal*, cit., pp. 127 y 129, respectivamente.

demandado a cumplimentar el interés del sustituido, ingresándose el producto económico en el patrimonio del sustituto (cuando ello sea viable)»⁶²¹.

1º) Pretensión relativa a la procedencia de la sustitución procesal

§. La primera de las pretensiones convierte la facultad de sustitución en objeto del proceso. Y respecto de esta primera pretensión el interés que ostenta el sustituto tiene carácter directo y el juicio sobre su concurrencia pertenece al fondo del asunto, de forma que, como el prof. NIEVA FENOLL reconoce, no puede analizarse «a las primeras de cambio, como una mera cuestión de capacidad procesal»⁶²².

En otras palabras: NIEVA FENOLL hace de la legitimación del sustituto objeto especial de la cognición judicial, es decir, postula que el sustituto debe incluir en el suplico de su demanda un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la actuación por sustitución. Pronunciamiento que, según ilustra NIEVA FENOLL, será del tenor siguiente:

«(...) se estime la demanda, dictándose sentencia en la que se reconozca la sustitución procesal (...)»⁶²³.

Esta petición es la concreción de lo que el autor denomina la «facultad de ser tenido como parte en defensa de un interés ajeno»⁶²⁴ y sus hechos constitutivos son todos y cada uno de los elementos característicos de la sustitución procesal que ya se han visto.

§. Adviértase que éste es uno de los puntos críticos de la doctrina de NIEVA FENOLL sobre la sustitución procesal: el carácter pretendidamente autónomo de la legitimación por sustitución, en cuanto que el autor la convierte en objeto necesario e indisolublemente unido a la siguiente pretensión que, en realidad, es el objeto principal y único del proceso.

Y es que, en efecto, pese al carácter pretendidamente “individualizado”⁶²⁵ con que NIEVA FENOLL presenta cada una de las pretensiones deducidas por el sustituto procesal, lo cierto es que el mismo autor se ve forzado a reconocer el carácter inescindible que tal “pretensión” tiene respecto del «“fondo” del asunto»⁶²⁶, que no es otro que el ejercicio del derecho declaradamente ajeno. Y, así, ha de admitir que la pretendida acumulación de ambas pretensiones es «una auténtica necesidad» que «impide completamente su mecanismo [el de la sustitución procesal]»⁶²⁷; que se trata de «pretensiones imprescindibles» que «no es posible ejercitar separadamente»⁶²⁸; o que esta acumulación de

⁶²¹ La sustitución procesal, cit., p. 147.

⁶²² J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., p.95.

⁶²³ *La sustitución procesal*, cit., p. 147.

⁶²⁴ *La sustitución procesal*, cit., p. 131.

⁶²⁵ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, *ibidem*.

⁶²⁶ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 132.

⁶²⁷ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 130.

⁶²⁸ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 133.

pretensiones tiene «carácter forzoso», porque «la una es imposible sin el pronunciamiento de la otra»⁶²⁹.

Todas estas objeciones ponen de manifiesto que la legitimación del sustituto no es, en realidad, susceptible de ser objeto de pronunciamiento expreso de la cognición judicial. O, como afirma CABAÑAS GARCÍA, «no entra dentro de la noción de la pretensión deducible como objeto [...] la de que se acepte el carácter de legitimado indirecto del actor»⁶³⁰.

No se trata de una verdadera acción, ya que carece de autonomía; en otros términos, la pretendida *facultad de ser tenido como parte en defensa de un interés ajeno* no podría ser objeto único de un proceso independiente. Y, por poner un ejemplo, lo que pretende hacer NIEVA FENOLL de la legitimación por sustitución es tanto como pretender, en el campo de la legitimación ordinaria, que A obtuviera frente B una sentencia en la que se declarara única y exclusivamente su aptitud para obtener frente a éste un pronunciamiento de condena sin solicitar, al mismo tiempo, la condena misma. ¿Dónde se halla la *accionabilidad* y el *interés* en semejante pretensión? Si la legitimación es, acaso, requisito necesario pero no suficiente de la acción, ¿cómo hacer de ella requisito bastante de una acción autónoma? A mi juicio, es evidente que la legitimación carece, por sí sola, de la aptitud necesaria para ser objeto de posible tutela jurisdiccional, por más que se trate de una cuestión instrumental o previa al fondo (cuando no atinente al fondo mismo).

2º) Pretensión relativa a la actuación del derecho o interés ajeno

§. La segunda pretensión que, según NIEVA FENOLL, necesariamente ha de acumularse a la anterior es, en rigor, lo que verdaderamente constituye el objeto del proceso instado por el sustituto procesal: la denominada «resolución sobre el interés ajeno» que no es sino, como el propio autor reconoce, «el fondo del asunto»⁶³¹, el ejercicio del derecho declaradamente ajeno.

Esta pretensión versará, según los casos, sobre la cosa pignorada (supuesto del artículo 1869 CC); el derecho de la patente violada (supuesto del artículo 124 LP); la reclamación de la deuda ajena (supuestos de los artículos 1597 y 1111 CC y 134.5 LSA); o la que corresponda según la selección de supuestos asimilados por cada autor.

3º) Viabilidad de la acumulación objetiva entre ambas pretensiones

§. Puesto que, según NIEVA FENOLL, las pretensiones anteriores son pretensiones distintas o, como se afirma, *individualizadas*, es necesario precisar que, a su juicio, en todos los supuestos de sustitución procesal se produce una *acumulación objetiva de acciones*, con la peculiaridad de que éstas son *inseparables*. Su relación de conexión es tal que «la una no podría ejercitarse separadamente sin la otra»⁶³². Y es que, como se ha dicho, ésta no es sino la

⁶²⁹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 136.

⁶³⁰ *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 276.

⁶³¹ *La sustitución procesal*, cit., p. 132.

⁶³² J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 133.

consecuencia de tratar autónomamente una cuestión –la legitimación– que es inseparable del fondo del asunto.

En primer término, para NIEVA FENOLL no es posible ejercitar aisladamente la pretendida *facultad de ser tenido como parte en defensa de un interés ajeno* sin ejercitar, al mismo tiempo, el derecho declaradamente ajeno. La razón radica en que entonces se «estaría declarando en el vacío la [citada] facultad». O lo que es lo mismo, semejante acción adolecería, como se ha dicho, de los requisitos necesarios de *interés* y de *accionabilidad*. En otros términos, del binomio *quién* y *qué* del proceso quedaría sin despejar, en semejante pretensión, el segundo término: el *qué* del proceso. Por eso –concluye NIEVA FENOLL en términos harto discutibles–, cada vez que se ejercitara única y exclusivamente la primera pretensión, habría que entender ejercitada también la segunda, aunque no fuera objeto de petición expresa. Y todo ello, con las repercusiones que se derivarían de entender ampliado el objeto del proceso, aunque fuera *virtualmente*, a los efectos de litispendencia y de cosa juzgada⁶³³.

Y en segundo término, a juicio de NIEVA FENOLL, tampoco es posible o, al menos, conveniente, ejercitar aisladamente la segunda pretensión, por el riesgo de inestabilidad que supondría conocer, a los solos efectos prejudiciales, la concurrencia de la legitimación por sustitución.

De lo anterior se sigue que el autor se ve forzado a admitir que la inescindibilidad entre ambas “pretensiones” conduce, en la generalidad de los casos, a la imposibilidad de estimar una pretensión sin estimar al mismo tiempo la otra, y al revés: a la imposibilidad de inadmitir la una sin inadmitir la otra.

Huelga decir que semejante conclusión abona la tesis tradicional –aquí defendida– que ve en la sustitución procesal una única acción a favor del sustituto, si bien de carácter más complejo que en situaciones ordinarias por embeber o incluir la correspondiente al sustituido. Naturalmente, esta solución presenta el inconveniente al que se ha debido enfrentar toda la doctrina científica precedente y que NIEVA FENOLL soslaya mediante la tesis que defiende, a saber: que, comparando la acción del sustituto con la del sustituido, la falta de identidad de sujetos habría de conllevar, al menos teóricamente, también una falta de identidad de acciones⁶³⁴. Pero es que, además, más allá de la falta de identidad de sujetos, hay también falta de identidad de objeto, pues, aunque entre una y otra acción existe coincidencia de presupuestos materiales, tal coincidencia es sólo *parcial*, ya que la acción del sustituto requiere de presupuestos adicionales.

4º) Eventual acumulación de otras pretensiones

§. Por otro lado, junto con las anteriores pretensiones, puede suceder que en la demanda se acumule, cuando así lo permita cada supuesto de sustitución

⁶³³ Vid. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 134.

⁶³⁴ Frente a esta posible objeción, CABAÑAS GARCÍA opone que, a efectos de litispendencia o de cosa juzgada, «los sujetos serán, para estos particulares efectos, *los tres* involucrados en la relación de legitimación indirecta: o sea, los dos titulares materiales, y el tercero (legitimado indirecto) que ocupa el lugar de uno de ellos» (*La tutela judicial del tercero*, cit., p. 281).

procesal, la pretensión del sustituto «de cobrar directamente el producto de la deuda»⁶³⁵, con la intención, no de que éste meramente se ingrese en el patrimonio del sustituido (como impondría un respeto escrupuloso a la *pars conductio creditorum*), sino de que se entregue al actor sustituto en pago de su deuda.

Esta visión presupone una determinada concepción, primero, de los supuestos de sustitución procesal, y, después, de esta misma figura. Presupone, en primer término, que el ordenamiento jurídico material permita al sustituto “apropiarse”, por así decirlo, de la prestación declaradamente ajena mediante un cobro *pro solvendo* no autorizado en la ley; y en segundo término, está implícita en ella que entonces la sustitución procesal no se definirá por quién sea el sujeto beneficiario de los pronunciamientos de condena. Lo cual es mucho suponer, porque entonces los contornos entre esta figura y la acción directa quedan desdibujados.

C) Contestación a la demanda y excepciones oponibles por el demandado

§. De entre las posibles conductas del demandado frente a la demanda reviste capital importancia la alegación de hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la acción del sustituto, es decir, la oposición de excepciones. La importancia de este tema proviene de la necesidad de determinar el ámbito de las excepciones oponibles en una situación triangular como la que, de suyo, implica la sustitución procesal.

A estos efectos, todas las excepciones imaginables permiten ser agrupadas en las siguientes tres categorías que se toman de la obra del prof. NIEVA FENOLL, que presenta como particularidad el haber dividido –con criterios tal vez discutibles– todas las excepciones posibles entre el demandado y el titular ausente en diversas subcategorías, en función de su –muy variable y variado– grado de vinculación con los sujetos del proceso.

1º) Oponibilidad de las excepciones «dimanantes del interés objeto del litigio»⁶³⁶

§. Bajo esta primera categoría, NIEVA FENOLL agrupa motivos de lo más variado, ora procesales ora materiales, que se caracterizan por que «se construyen a partir del interés que se está discutiendo en el litigio»⁶³⁷; en otras palabras, se trata de excepciones que están «desvinculadas directamente de un ligamen subjetivo»⁶³⁸, a saber:

- La nulidad del negocio jurídico entre sustituido y demandado⁶³⁹.

⁶³⁵ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 138.

⁶³⁶ *Vid.*, al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 151-153.

⁶³⁷ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 151.

⁶³⁸ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 152.

⁶³⁹ Esta excepción, sin embargo, presenta, por su carácter reconvenicional, problemas similares a la reconvenición del demandado en los supuestos de sustitución procesal, aunque el autor en cuestión deja de tratar este supuesto en sede de reconvenición, para, en su lugar, estudiar la hipotética admisibilidad de una reconvenición basada en la nulidad de la relación negocial entre sustituto y sustituido.

- Litispendencia y cosa juzgada.
- Falta de capacidad o de representación.
- Inadecuación del procedimiento.
- Improcedencia de la acumulación de acciones.
- Defecto legal en el modo de proponer la demanda.
- Prescripción de la acción.
- Y, en el caso de la acción subrogatoria, la previa excusión de bienes.

§. De entre la relación anterior el prof. CABAÑAS GARCÍA seguramente distingue las defensas de carácter procesal –como la litispendencia y la cosa juzgada, la inadecuación de procedimiento y similares–, por presentar, a su juicio, menos dificultades que las excepciones en sentido estricto⁶⁴⁰.

2º) Oponibilidad de las excepciones personales del demandado frente al titular sustituido o «nacidas de la relación controvertida»⁶⁴¹

§. Bajo esta segunda categoría⁶⁴² NIEVA FENOLL reúne circunstancias que, aun siendo personales por estar referidas a las personas del sustituido y del demandado, son *inherentes a la deuda* y que, en circunstancias de ejercicio normal del derecho actuado, el tercero podría ampliamente oponer al titular. Tal es el caso, por ejemplo, del pago, la compensación, la novación, la quita o la espera.

El prof. CABAÑAS GARCÍA también se muestra de acuerdo en que se permita al demandado oponer ampliamente al legitimado indirecto cualquiera de las excepciones que le competen frente al titular ausente, como la compensación de créditos⁶⁴³; el problema será entonces su carácter fronterizo con la figura de la reconvencción.

El fundamento de la oponibilidad de tales excepciones se ubica, en primer término, en el derecho de defensa del demandado, pues, a fin de cuentas, el tercero que es demandado por un sustituto procesal no tiene por qué ver reducido el ámbito de las excepciones oponibles en situaciones normales⁶⁴⁴; y en segundo término, su fundamento también radica en su relación con el *thema decidendi*, que no es otro que la misma relación material que une al demandado y al titular ausente⁶⁴⁵.

§. Otra cosa será que existan dificultades de orden práctico derivadas de la falta de conocimiento por el sustituto acerca de los hechos introducidos por el demandado; pero esto se salva permitiendo con amplitud al sustituto procesal

⁶⁴⁰ *La tutela judicial del tercero, cit.*, p. 308.

⁶⁴¹ Así llamadas por CABAÑAS GARCÍA, en *La tutela judicial del tercero, cit.*, p. 308..

⁶⁴² *Vid.*, al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal, cit.*, pp. 153-156.

⁶⁴³ Cfr. J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero, cit.*, pp. 308-309 y 305.

⁶⁴⁴ «El hecho de que se produzca una sustitución procesal –afirma el autor– no tiene por qué modificar las excepciones que puedan oponérsele al sustituto (...) Sería del todo inadmisibles que (...) el demandado sufriera menoscabos en su defensa» (J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal, cit.*, p. 153).

⁶⁴⁵ Cfr. J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero, cit.*, p. 309.

alegaciones y medios de prueba al respecto e, incluso, como señala NIEVA FENOLL, interpretando flexiblemente las causas de suspensión del juicio, cuando se alegue desigualdad de medios de defensa ante las alegaciones del demandado (cfr. artículo 188.1.7º LEC).

§. Nótese que las excepciones a las que nos estamos refiriendo son las personales pero *inherentes a la deuda*. De las restantes excepciones que competan al demandado frente al titular ausente ambos autores coinciden en guardar silencio, pero de las reflexiones que se vierten al hilo de la reconvencción se pueden sacar algunas deducciones al respecto. Así, por ejemplo, en la medida en que NIEVA FENOLL admite que se pueda plantear por vía reconvenccional la compensación de créditos⁶⁴⁶, está admitiendo que el objeto del proceso pueda ser ampliado con la introducción de nuevas acciones, siempre que éstas presenten la exigible conexión. CABAÑAS GARCÍA admite más laxamente la reconvencción contra el titular material, puesto que no hace referencia a motivos concretos, siempre también que aquélla esté basada en hechos conexos a los de la demanda⁶⁴⁷.

3º) Inoponibilidad al sustituto de las excepciones personales que el demandado tenga frente a él

§. Frente al silencio que mantiene NIEVA FENOLL acerca de estas excepciones, CABAÑAS GARCÍA niega con firmeza –y con razón– que se trate de excepciones oponibles al legitimado indirecto:

«[...] no puede consentirse que el demandado, en estos procesos instados por el legitimado indirecto, pueda *oponer excepciones (materiales) de carácter personal* contra este último, basado en una relación jurídica propia entre ambos»⁶⁴⁸.

D) Las facultades dispositivas de los sujetos en particular

§. La disociación entre acción y derecho material, o entre titularidad de una y otro, plantean en los supuestos de sustitución procesal problemas en orden a la facultad de disposición sobre el derecho material actuado. Tales problemas consisten en que, de un lado, quien es parte en el proceso –el sustituto– carece de tales facultades dispositivas, mientras que, de otro lado, quien las ostenta –el sustituido– no tiene por qué ser parte en el proceso.

Obviamente, cuando las voluntades de ambos sujetos concurren a la formación del acto dispositivo, por ejemplo, una transacción, no surgen problemas de ningún tipo. Los problemas surgen cuando sólo concurre la voluntad de uno de ellos: ¿es esto posible? ¿En qué supuestos? ¿Cuáles son sus efectos y cuál su relevancia procesal? Los profs. NIEVA FENOLL y CABAÑAS GARCÍA se enfrentan a estos interrogantes analizando separadamente las facultades dispositivas de cada uno de los sujetos afectados, sustituto procesal y

⁶⁴⁶ Vid., al respecto, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 159.

⁶⁴⁷ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero*, cit., p. 312.

⁶⁴⁸ *La tutela judicial del tercero*, cit., p. 309.

sustituido, si bien las aportaciones del primer autor son notablemente más amplias⁶⁴⁹.

1º) Las facultades dispositivas del sustituto procesal

§. Desde el punto de vista del sujeto sustituto, el problema de los actos dispositivos se traduce en una cuestión de límites a su actuación procesal. Y es que, según una tradicional teoría a la que se adscribe -al menos parcialmente- NIEVA FENOLL, aquélla no puede implicar la realización de actos que tengan aparejada eficacia dispositiva.

Así, en primer término, el sustituto procesal «no puede renunciar al derecho del sustituido»⁶⁵⁰, pues carece de su titularidad y de su libre disposición. A lo único que podrá renunciar es a los derechos de los que él mismo es titular, que es a lo que NIEVA FENOLL denomina el propio «derecho a defender el interés del sustituido»⁶⁵¹ y que no es otra cosa, en terminología dualista, que su propio derecho de acción.

En segundo término, se plantea el autor la posibilidad de un eventual *desistimiento* por parte del sustituto. Aquí la cuestión se desenvuelve más o menos en los mismos términos que en la anterior, es decir, el desistimiento del sustituto, al no afectar al derecho discutido, debe ser admitido sin cortapisas.

Así sucede, en efecto, en el desistimiento unilateral, ocurrido antes del emplazamiento o la citación del demandado, según dispone el artículo 20.2 LEC. En cambio, para el desistimiento bilateral o con audiencia del demandado, critica NIEVA FENOLL que la solución pase por la decisión del tribunal, en lo que considera una omisión legal de los casos de sustitución procesal, para los que se debería prever su admisibilidad en todos los casos. Y es que, a su juicio, se debería aceptar «incondicionalmente el desistimiento del sustituto»⁶⁵² y dar por concluido el proceso.

En mi opinión, sin embargo, se convierte en inconveniente lo que no es sino una virtud de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el no anudar en estos casos un efecto incondicional de sobreseimiento del proceso al desistimiento del actor, sino deferir la cuestión a la decisión del tribunal, después de haber oído a la contraparte. Que esta regulación deje un pequeño margen a la posibilidad de que el tribunal decida la continuación del proceso en contra de la voluntad del actor es una eventualidad que puede darse en cualquier tipo de proceso, y no sólo en aquellos instados en virtud de una legitimación por sustitución, y que, a mi juicio, no justifica una reforma legal para un supuesto que el propio autor califica de «insólito»; además, en éste como en todos los supuestos, obedece no al cuidado y a la tutela de los derechos y expectativas del demandante, sino a los del demandado.

Y en tercer término, cabe plantear si es posible o no -y en qué términos- la *transacción* por parte del sustituto. De nuevo, la disposición sobre el derecho que toda transacción implica hay que predicarla del derecho del que el propio

⁶⁴⁹ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 101-108 y 123-125; y J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 204-308.

⁶⁵⁰ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 106.

⁶⁵¹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, ibidem.

⁶⁵² J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 107.

sustituto es titular, dejando inalterada la esfera jurídica del sustituido. Con estas condiciones es posible admitir la figura de la transacción en la sustitución procesal. Si en algo se afectara el derecho material del que es titular el sustituido propone el autor que se dé le audiencia antes de resolver, de manera que su conformidad o su oposición fuera determinante, respectivamente, de la aprobación o el rechazo de la transacción, aun en los casos en que ésta fuera objetivamente ventajosa⁶⁵³.

§. El prof. CABAÑAS GARCÍA plantea, en cambio, una postura novedosa acerca de las facultades dispositivas del sustituto contraria a la postura tradicional⁶⁵⁴.

Viene a mantener este autor la falta de argumentos sólidos para rechazar, en bloque, toda facultad de disposición a favor del sustituto. De un lado, porque la misma presentación de la demanda implica una forma de disponer materialmente del derecho que la sustenta. Y de otro lado, porque la prohibición de actos dispositivos se asienta sobre un prejuicio carente de fundamento, a saber: que siempre y en todo caso la disposición de un derecho por un tercero resulte perjudicial por sí mismo para su titular.

Antes al contrario, razona este autor que en no pocas ocasiones serán preferibles o más beneficiosos los efectos dispositivos de un negocio heterocompositivo entre el sustituto y el demandado que el rechazo, total o parcial, de la demanda del sustituto, máxime cuando éste, con tal negocio, está manifestando una voluntad contraria a querer sostener la acción en el proceso. Además, *de lege lata* la ley no limita las facultades dispositivas de las partes «por razón del sujeto, sino del objeto»⁶⁵⁵. Otra cosa es que si de los actos dispositivos del sustituto se derivan perjuicios para el titular ausente, deba exigirse a aquél responsabilidad extracontractual⁶⁵⁶. Luego, de este parecer parece extraerse la opinión favorable a la realización de actos dispositivos por el sustituto procesal, con la implícita admisión de sus efectos dispositivos, aun en ausencia del tercero titular.

2º) Las facultades dispositivas del titular sustituido

§. Desde el punto de vista del sujeto sustituido, las cosas se plantean en términos rigurosamente inversos a los del sujeto sustituto: lo que para éste son límites, para aquél son posibilidades de actuación, si bien con los límites derivados de su posición de interviniente litisconsorcial.

Recordemos que, en efecto, tanto para NIEVA FENOLL como para CABAÑAS GARCÍA el sustituido es un interviniente litisconsorcial y que, por tanto, puede, en principio, oponerse al demandante discutiendo la legitimación por sustitución de éste, como al demandado apoyando la pretensión del fondo del actor.

⁶⁵³ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 107-108 y 125.

⁶⁵⁴ Vid., J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 284-288.

⁶⁵⁵ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 286.

⁶⁵⁶ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 287.

Pues bien, el carácter litisconsorcial de su intervención interfiere, a juicio de NIEVA FENOLL, en sus posibles facultades dispositivas. Al respecto, el autor distingue entre los dos tipos de pretensiones que, a su juicio, forman el objeto necesario del proceso por sustitución⁶⁵⁷.

§. Así, si con respecto a la pretensión del actor de defender el interés ajeno el demandado ha discutido los presupuestos de esta pretensión (en otros términos: la legitimación del actor), el eventual allanamiento del sustituido únicamente podrá desplegar los efectos que le son propios si concurre la voluntad de su litisconsorte. Es decir, por la sola conformidad del titular sustituido a la pretensión del demandante no dejará de examinarse la procedencia de la legitimación por sustitución, al haber resultado también discutida por el demandado.

§. Con respecto a la segunda de las pretensiones deducidas en el proceso, es decir, el ejercicio del derecho declaradamente ajeno, NIEVA FENOLL niega que el sustituido, pese a ser el titular, pueda efectuar actos con eficacia dispositiva en perjuicio del sustituto procesal, tales como la renuncia o la transacción. Postula, en concreto, que la eficacia de los mismos está supeditada a la concurrencia de la voluntad de ambos sujetos interesados, el sustituto y el sustituido. Sin embargo, olvida el autor que estas actividades, realizadas fuera del proceso, pueden tener una influencia decisiva sobre el proceso (cfr. artículo 22 LEC). Y es que si, en efecto, la renuncia al propio derecho no puede perjudicar a terceras personas como el sustituto procesal (cfr. artículo 6.2 CC y 19 LEC), no tiene por qué suceder lo mismo con la transacción o con el desistimiento, puesto que, a nivel material, nada –salvo los límites generales de todo derecho– le impide alcanzar acuerdos extintivos de la acción, con la consiguiente carencia sobrevenida de interés (artículo 22 LEC), siempre que ello no perjudique, no la sustitución procesal de su acreedor, sino la propia integridad patrimonial del sustituido.

La sustitución procesal y la reconvención

§. No serán pocos ni infrecuentes los casos en que al demandado interese defenderse “atacando”, es decir, ejercitando una nueva acción conexas a la principal mediante la reconvención. Y esta posibilidad es admitida tanto por NIEVA FENOLL como por CABAÑAS GARCÍA, quien dedica a esta cuestión una atención más reflexiva.

El tratamiento de esta cuestión por ambos autores es divergente, pero complementario, pues mientras que uno (NIEVA FENOLL) examina la reconvención desde un punto de vista objetivo, es decir, desde el prisma de la cuestión de las acciones ejercitables vía reconvención, el otro (CABAÑAS GARCÍA) lo examina desde el ángulo subjetivo, esto es, frente a quién puede dirigirse la reconvención.

Pues bien, el objeto de la reconvención puede versar, en principio, sobre la nulidad del negocio jurídico entre sustituto y sustituido y sobre la

⁶⁵⁷ Vid. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 123-125.

compensación de créditos, que son los dos aspectos sobre los que se proyecta la atención de los autores que estamos examinando.

§. El primer motivo, esto es, la nulidad del negocio jurídico, puede ser opuesto ampliamente por el demandado frente al legitimado indirecto o sustituto procesal, por la sencilla razón de que su existencia constituye uno de los presupuestos de su actuación; pero también, a juicio de NIEVA FENOLL, por el titular sustituido⁶⁵⁸ (siempre que –hay que puntualizar– ello no vaya contra sus actos propios). Ahora bien, esta claridad a la hora de determinar quién puede oponer este motivo de nulidad se torna en oscuridad cuando se plantea a la inversa, esto es, cuando se trata de señalar frente a quién ha de dirigirse: si contra el sustituto demandante, contra el titular sustituido, o contra ambos simultáneamente.

Según NIEVA FENOLL, por su carácter de excepción reconvenzional (cfr. artículo 408 LEC), hay que efectuar «el pertinente traslado al demandante para que conteste»⁶⁵⁹, lo que indica que el sujeto destinatario es única y exclusivamente el sustituto procesal. Esta solución no sería incorrecta si se tratara de la formulación de una excepción ordinaria y, por tanto, sirviera únicamente para discutir esta cuestión a efectos meramente prejudiciales. Sin embargo, como quiera que, en primer término, precisamente la ley le da, por sus especiales características, el mismo tratamiento que a la reconvencción, y, en segundo término, la discusión de la mencionada nulidad afecta a un tercero que es el titular sustituido, es más correcto entender que debe dirigirse tanto contra el legitimado indirecto como contra el titular material⁶⁶⁰.

Además, pese al silencio de los autores, hay que entender que es posible también que el demandado suscite la nulidad del negocio jurídico que discurre entre él mismo –tercero demandado– y el sustituido. En tal caso no siempre estaríamos técnicamente ante una *reconvencción frente a tercero* (siendo este tercero el titular sustituido), ahora admitida por la ley en el artículo 407.1 LEC, que el prof. CABAÑAS GARCÍA no tiene inconveniente en admitir⁶⁶¹. Es más ajustado afirmar que más que una *reconvencción frente a tercero*, se trata en realidad de una *excepción reconvenzional frente a tercero*, pues el demandado no puede ser obligado a plantear dicha nulidad bajo la forma de reconvencción expresa siempre y en todo caso. El matiz no es baladí, porque la regulación del tratamiento procesal de los motivos de nulidad del negocio causal en el artículo 408 LEC presupone que el destinatario de la misma es ya parte en el proceso –precisamente, el demandante reconvenido–, y deja en manos de éste la posibilidad de solicitar que se le confiera traslado a fin de contestar la excepción de nulidad. Sin embargo, en estos peculiares casos de sustitución procesal uno de los destinatarios de dicha excepción reconvenzional (el titular ausente) no es parte necesaria en el proceso, pese a que también debe dársele la oportunidad de discutir con plenas garantías de contradicción la referida alegación de nulidad. De ahí que, en mi opinión,

⁶⁵⁸ Así, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 158.

⁶⁵⁹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 159.

⁶⁶⁰ Cfr. J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 313.

⁶⁶¹ Así cabe deducirlo cabalmente de sus palabras: «no nos ofrece dudas la posibilidad de reconvenir directamente contra el titular material» (CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 312).

haya que postular la aplicación, no del aptdo. 2 del artículo 408 LEC, sino del aptdo. 2 del artículo 407 LEC, aunque, como digo, la alegación no se plantee vía reconvención, sino vía excepción.

§. El segundo motivo de reconvención puede versar, según NIEVA FENOLL, sobre la compensación de un crédito. En este punto, el autor se detiene en la posibilidad de que el crédito en cuestión sea, no personal contra el sustituto procesal, sino del titular sustituido frente al sustituto. Lo cual es una complicación, porque, bien mirado, supone la alegación de una excepción reconvencional basada en un negocio jurídico declaradamente ajeno respecto de quien la alega; en otros términos: una suerte de alegación, por sustitución procesal del sujeto ya sustituido, de una excepción reconvencional. Como quiera que no es el momento oportuno de entrar en polémicas y mostrar un parecer al respecto sino el de indicar el parecer ajeno, es de señalar que, a juicio del prof. NIEVA FENOLL, existe conexión entre esta alegación y el objeto de la demanda principal y que sugiere que la discusión sobre la misma puede realizarse sin la presencia del sujeto sustituido⁶⁶², que habría de ser el destinatario natural de esta excepción reconvencional, lo cual es hartamente discutible.

6.5. LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL PROCESO. LA CONDENA EN COSTAS

§. Éste es otro de los puntos en los que se detienen los profs. NIEVA FENOLL y CABAÑAS GARCÍA y que, concretamente en materia de costas, se ha erigido, según la doctrina tradicional sobre la sustitución procesal, en una de las «piedras de toque» o angulares que indican que el sustituto procesal es parte en el proceso a todos los efectos, por lo que tanto puede ser sujeto beneficiario de la condena, como también el sujeto condenado.

Pues bien, en este punto el prof. NIEVA FENOLL demuestra ser el más exhaustivo explicando toda suerte de combinaciones en materia de condena en costas; pero también el menos claro, por su empeño en hacer de los supuestos de sustitución procesal un objeto procesal necesariamente compuesto⁶⁶³. Por ello, parece preferible guiarnos por la exposición del prof. CABAÑAS GARCÍA, quien, además, no se circunscribe al análisis de la condena en costas, sino que comprende en su estudio, más ampliamente, toda suerte de responsabilidades económicas derivadas del proceso⁶⁶⁴.

§. A efectos expositivos, las responsabilidades económicas que traen su origen del proceso pueden, en principio, comprenderse bajo cualquiera de los siguientes conceptos:

A) *Sanciones pecuniarias personales*. La negligente o dolosa actuación procesal de una parte puede hacerle merecedor de sanciones económicas impuestas por el tribunal (cfr. artículos 112, 183.5, 190.2, 228.2, 247. 270.2, 286.4, 288, 292, 304, 320.3, 344.2 y 441.1 LEC). Y en los casos de sustitución

⁶⁶² Vid., al respecto, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 160.

⁶⁶³ Vid. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 161-163.

⁶⁶⁴ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 329-331.

procesal, será, por regla, el sustituto procesal –y no el titular ausente– el sujeto que habrá de responder de la misma, habida cuenta el carácter personalísimo de esta deuda de carácter sancionador.

Por excepción, CABAÑAS GARCÍA señala que las sanciones derivadas del incumplimiento *in natura* que se pueden imponer en el proceso de ejecución al ejecutado (cfr. artículos 589.3, 699, 709, 710, 711 y 776 LEC) corren a cargo del titular ausente, «a la sazón designado en el título ejecutivo»⁶⁶⁵.

B) *Costas procesales*. Tradicionalmente se ha considerado que el sujeto acreedor y deudor, en su caso, de la condena en costas en los supuestos de sustitución procesal es el sustituto procesal, por cuanto es parte, a todos los efectos, del proceso. A esta postura se adscribe CABAÑAS GARCÍA, que estudia, además, la posibilidad de repercutir sobre el titular el pago de estas cantidades (para terminar negándola, como regla, según veremos después).

En cambio, NIEVA FENOLL considera esta visión «profundamente simplista»⁶⁶⁶ y, en su lugar, propone una explicación notoriamente más complicada sobre cómo aplicar el criterio de vencimiento objetivo de materia de condena en costas en primera instancia. Recordemos que este autor entiende que en los casos de sustitución procesal se deducen necesariamente dos pretensiones (una, digamos, relativa a la legitimación, y otra, al fondo) y, en consecuencia, propone que en este punto se tenga en cuenta el destino procesal de cada una de ellas. Para no hacer más compleja esta cuestión, en lugar de adoptar la metodología seguida por NIEVA FENOLL se utilizarán –aunque no se comparta una neta distinción entre estos conceptos– los términos *legitimación* y *fondo*, a fin de facilitar la comprensión de las distintas hipótesis que pueden darse en relación con el criterio de vencimiento objetivo que rige la condena en costas en primera instancia. Así, siguiendo a este autor, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

a) En los casos de estimación total de la demanda, procede condenar en costas al demandado y, eventualmente, al titular sustituido si, interviniendo litisconsorcialmente, coadyuvó a la defensa del demandado, es decir, si cuestionó la viabilidad de la demanda del sustituto.

Debe advertirse que NIEVA FENOLL omite tratar la hipótesis de que el titular sustituido se hubiera adherido litisconsorcialmente a la posición del sustituto demandante. Esta omisión podría sugerir que, venciendo el demandante, también su litisconsorte sería acreedor de las costas. Sin embargo, en la oscura explicación de NIEVA FENOLL parece deducirse la opinión opuesta: el éxito de la pretensión del sustituto procesal, aunque implique, sí, el reconocimiento del derecho del titular, también supone la superación de la resistencia o inercia de este último al ejercicio de sus propios derechos, por lo que, desde la peculiar visión de NIEVA FENOLL, hay que considerar que éste es también un sujeto vencido en el proceso.

b) En los casos en que la sentencia desestima la demanda del sustituto por falta de legitimación activa por sustitución, procede, a juicio de NIEVA FENOLL,

⁶⁶⁵ J. C. CABAÑAS GARCÍA, La tutela judicial del tercero..., cit., p. 329.

⁶⁶⁶ La sustitución procesal, cit., p. 162.

condenar al sustituto procesal al pago de las costas del demandado y, eventualmente, también a las del titular sustituido. Aquí no existe ningún matiz del que quepa deducir que la condena al pago de las costas del titular sustituido depende de la posición procesal en la que se coloque con su intervención procesal; antes al contrario, NIEVA FENOLL interpreta que una sentencia desestimatoria de la demanda por falta de legitimación del sustituto procesal implica siempre la victoria del titular sustituido sobre el sustituto procesal («el sustituido habrá ganado el proceso», afirma el autor⁶⁶⁷), aunque ello signifique el haber perdido una oportunidad de obtener lo que se le debe frente al demandado.

c) Y, finalmente, si la sentencia desestima la demanda en cuanto al fondo, procede condenar al sustituto (pero no al sustituido) al pago de las costas del demandado. En coherencia con el peculiar razonamiento de este autor, en este caso la condena no comprenderá las costas del titular sustituido, porque la desestimación por motivos de fondo y no por causa de una falta de legitimación del actor implica el vencimiento del sustituto procesal sobre la resistencia del titular sustituido al ejercicio de sus derechos.

En definitiva, para NIEVA FENOLL, el régimen de la condena en costas respecto del sujeto sustituido difiere del régimen general que corresponde a todo sujeto que intervenga en calida dde parte. Nótese que el singular régimen propuesto por NIEVA FENOLL aboca a las dos siguientes situaciones: 1º) si el titular interviene litisconsorcialmente en la posición actora, no puede resarcirse de las costas por él soportadas aunque se estime íntegramente la demanda; y 2º) si lo hace en la posición demandada y la demanda se desestima en cuanto al fondo, tampoco resulta condenado al pago de la condena. Y todo ello, con base en la presunción de que a todo supuesto de sustitución procesal subyace un conflicto entre el titular y el tercero, de suerte que cualquier pronunciamiento que implique el reconocimiento de la legitimación de éste en calidad de sustituto procesal supone un vencimiento sobre el titular del derecho. Opinión ésta de la que discrepa, no sin razón, CABAÑAS GARCÍA, para quien el régimen de la condena en costas respecto del sujeto sustituido debe ser el general, con alguna excepción⁶⁶⁸.

c) *Gastos procesales excluidos de la condena en costas.* CABAÑAS GARCÍA incluye aquí gastos generados por y dentro del proceso (tales como gastos por copias, por ejemplo), pero no repercutibles sobre la contraparte por medio de la condena en costas. Estos gastos también han de ser soportados por el sustituto procesal, por estar causados a su instancia⁶⁶⁹.

d) *Otros desembolsos económicos.* Bajo este genérico concepto CABAÑAS GARCÍA comprende, a título de ejemplo, desde el pago de la contraprestación

⁶⁶⁷ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 163.

⁶⁶⁸ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 330-331. Una excepción a esta regla se encuentra, según el autor, en el art. 52 LC, según el cual, en los casos en que el concursado decidiera intervenir en los procesos instados en su sustitución por otros sujetos, los gastos de su defensa y representación «no recaerán sobre la masa del concurso».

⁶⁶⁹ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 330.

exigida por el Derecho material para la efectividad de ciertas relaciones sinalagmáticas, hasta el pago de las eventuales tasas judiciales que, en la actualidad, están ya comprendidas en la condena en costas. Todo ello, a cargo del sustituto procesal, lo cual puede resultar poco razonable.

§. Cuestión distinta pero relacionada con la anterior es que los gastos soportados directamente por el sustituto puedan ser repercutidos sobre el titular ausente o que incluso, en aras a la economía y tratándose de costas propiamente dichas, éste pueda resultar directamente condenado al pago de los mismos frente a la contraparte. Al fin y al cabo, ambos sujetos –sustituto y sustituido– tienen intereses implicados en el *thema decidendi*.

NIEVA FENOLL en algún momento sugiere la posibilidad de que la condena al pago de las costas del demandado cuando la demanda es desestimada íntegramente, tenga carácter solidario entre sustituto y sustituido⁶⁷⁰. Pero es CABAÑAS GARCÍA quien estudia con detenimiento esta cuestión, para terminar negándola con carácter general, salvo aislados casos expresamente previstos.

En efecto, el autor citado niega que de la legitimación indirecta quepa extraer, de suyo, una regla general en virtud de la cual los gastos ocasionados por el ejercicio del derecho declaradamente ajeno puedan ser repercutidos por el sustituto agente sobre el titular de aquél.

«Esto –dice CABAÑAS GARCÍA– no lo consideramos viable, al menos no como consecuencia inmanente a la relación de legitimación indirecta»⁶⁷¹.

Otra cosa es que se puedan prever normas especiales para supuestos concretos, como, en la visión de CABAÑAS GARCÍA, permite la ley en materia concursal. Según el artículo 54.4 LC, los acreedores que, en defecto de los órganos del concurso, ejerciten las acciones correspondientes a la masa pueden repercutir sobre ésta, en caso de estimación total o parcial de la demanda, los gastos y costas causados a su instancia, «hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia».

6.6. COSA JUZGADA MATERIAL Y SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. En el fondo⁶⁷², tanto NIEVA FENOLL como CABAÑAS GARCÍA concuerdan en que, subjetivamente, la cosa juzgada material alcanza a los tres sujetos implicados en los supuestos de sustitución procesal, esto es, al sustituto procesal, al tercero demandado y al titular sustituido, si bien partiendo de postulados o explicaciones diversas.

En efecto, para NIEVA FENOLL el problema de fijación de los límites subjetivos de la cosa juzgada material se reconduce a un problema de límites

⁶⁷⁰ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 163.

⁶⁷¹ La tutela judicial del tercero..., ibidem.

⁶⁷² Vid., al respecto, las prolijas explicaciones de J. NIEVA FENOLL, en *La sustitución procesal*, cit., pp. 167-193, y de J. C. CABAÑAS GARCÍA, en *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 331-350.

objetivos, junto con el respeto del principio de audiencia⁶⁷³. Puesto que en su calidad de partes, sustituto y demandado están afectados por la cosa juzgada material según las normas ordinarias, desde el punto de vista de los sujetos el problema se plantea con la posible afectación del sujeto sustituido. Ahora bien, como quiera que la relación jurídica de la que éste es titular es la misma que ha sido juzgada en el proceso, en principio esta identidad objetiva justificaría *per se*, desde el punto de vista de la cosa juzgada, su afectación. No son, pues, a juicio de NIEVA FENOLL, los límites subjetivos de la cosa juzgada el obstáculo que impida extender al sujeto sustituido la cosa juzgada material derivada de la sentencia; es, más bien, otro el problema que está implicado en tal extensión: el principio de audiencia. Consecuentemente, sólo si el sustituido ha sido parte o ha tenido la posibilidad de constituirse en tal –y las más de las veces la habrá tenido si, como el autor propone, la demanda se le ha de notificar *ex* artículo 150. 1 LEC, en su calidad de tercero interviniente litisconsorcial- la cosa juzgada le alcanzará con independencia de su efectiva participación en el proceso.

A idéntica solución –aunque no llevada a los extremos de cuestionar la existencia de límites subjetivos de la cosa juzgada material- llega CABAÑAS GARCÍA. También para este autor el titular sustituido se ve alcanzado por los efectos de cosa juzgada de la sentencia, básicamente, por las dos mismas razones apuntadas: porque existe unidad del elemento objetivo y por el respeto al principio de audiencia⁶⁷⁴. Cumpliéndose estos requisitos la cosa juzgada material alcanza al sujeto sustituido en virtud de un fenómeno de *extensión* propiamente dicho, y no de meros efectos reflejos de la sentencia, pues entre la relación deducida por el legitimado indirecto y la relación de la que es titular el sustituido existe identidad jurídica, y no sólo prejudicialidad o dependencia⁶⁷⁵.

Por lo demás y todavía en sede de límites subjetivos de la cosa juzgada⁶⁷⁶, ambos autores se muestran conformes en no considerar como un obstáculo insalvable la omisión al artículo 10 LEC del vigente aptdo. 3 del artículo 222 LEC, tras su reforma por la corrección de errores publicada en el BOE núm. 90 de fecha 14 de abril de 2000. Recordemos que antes de tal corrección, el aptdo. 3 del artículo 222 LEC hacía una remisión al artículo 10 LEC a los efectos de extender la cosa juzgada a «sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que

⁶⁷³ Esta idea es tan recurrente en la obra de NIEVA FENOLL sobre la sustitución procesal que cree llegado el momento «de romper algún dogma y reconocer que carece de sentido el postulado de la “*res iudicata inter partes*” en todas las situaciones en que, en un proceso posterior, el tercero esté intentando, en realidad, que se repita un juicio que ya fue formado en su momento» (*La sustitución procesal*, cit., p. 192).

⁶⁷⁴ «El ordenamiento jurídico –mantiene el prof. CABAÑAS GARCÍA– no puede consentir que quien es titular de la relación material controvertida, no haya sido como mínimo llamado a poder participar en el proceso, dándole así la ocasión de defender su propia posición, resulte coincidente o no con la de quien ha deducido la acción» (*La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 335).

⁶⁷⁵ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 334.

⁶⁷⁶ Sobre esta cuestión, aplicada a la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, *vid.* también *infra*, Cap. VI, Secc. I, epígrafe 7.4. Eficacia jurídico-material de la sentencia y límites subjetivos de la cosa juzgada material en la “acción” subrogatoria, pp. 442 y ss.

fundamenten la legitimación de las partes». Tras ella, sin embargo, la remisión ha pasado a estar hecha al artículo 11 LEC, sobre la legitimación de asociación de consumidores y usuarios. Pues bien, dicha omisión se juzga, según la valoración más benevolente, como un error inintencionado y, en los peores, como un «despropósito» (CABAÑAS GARCÍA⁶⁷⁷) o como «una desgraciada y probablemente algo precipitada corrección de errores» (NIEVA FENOLL⁶⁷⁸). La conclusión de ambos autores coincide en superar la interpretación literal del aptdo. 3 del artículo 222 LEC, para incluir en la remisión al titular sustituido conforme al artículo 10 LEC. Ahora bien, mientras que NIEVA FENOLL es de la opinión de que la extensión de la cosa juzgada al sustituido queda suficientemente explicada en virtud del elemento objetivo de la cosa juzgada («diga lo que diga el artículo 222.3 LEC»⁶⁷⁹), CABAÑAS GARCÍA reinterpreta el concepto de «parte» a efectos de cosa juzgada, abarcando no sólo a quien lo ha sido efectivamente, sino también «a quienes *tuvieron la oportunidad de serlo*, por su conocimiento de la admisión a trámite de la demanda por alguno de los medios previstos en la Ley»⁶⁸⁰.

§. Las reflexiones de NIEVA FENOLL y de CABAÑAS GARCÍA sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada material remiten, en mayor o en menor medida, al problema de los límites objetivos de la cosa juzgada, ámbito éste donde sí se producen discrepancias doctrinales entre un autor y otro.

Lo más señalado de las conclusiones de NIEVA FENOLL es que, coherentemente con su compleja explicación sobre el objeto del proceso en los casos de sustitución procesal, la cosa juzgada comprende el derecho o relación ajena deducida, pero también la *relación negocial que discurre entre sustituto y sustituido* y que fundamenta la legitimación indirecta del sustituto, *háyase o no discutido sobre ella* (recuérdese que el autor hacía de la legitimación objeto de pronunciamiento específico). En otros términos, aunque la relación que liga a sustituto y sustituido, en realidad, no pasa de ser un antecedente lógico –presupuesto de la legitimación– inherente a la labor de enjuiciamiento que debe desarrollar el tribunal, «ni sustituto ni sustituido podrán discutir dicha validez en un futuro proceso, porque ambos tuvieron la oportunidad de debatir esa cuestión en el proceso actual»; de esta forma, al no haberlo hecho, «debe imponérseles la preclusión, y finalmente la cosa juzgada»⁶⁸¹.

De distinto parecer es el prof. CABAÑAS GARCÍA, quien contempla la relación entre sustituto y sustituido como una mera cuestión incidental «que sirve exclusivamente para fijar el título de legitimación (indirecta) esgrimido» y sobre la cual no se forma la eficacia de la cosa juzgada material. Por ello, para este autor, será posible sustanciar un futuro proceso entre sustituto y

⁶⁷⁷ La tutela judicial del tercero..., cit., p. 347.

⁶⁷⁸ La sustitución procesal, cit., p. 190.

⁶⁷⁹ La sustitución procesal, ibidem.

⁶⁸⁰ La tutela judicial del tercero..., cit., pp. 348-349.

⁶⁸¹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit, p. 175.

sustituido «frente al cual no operará el efecto positivo ni negativo de la cosa juzgada de esta primera sentencia»⁶⁸².

6.7. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL Y LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

§. El más importante medio de impugnación contra resoluciones judiciales son los recursos contra la sentencia, que son un expediente que la ley brinda, en principio, a la parte perjudicada por la resolución que se trata de atacar. Y, a estos efectos, nada impide, en principio, que tanto el sustituto procesal como el sujeto sustituido hagan uso de esta facultad impugnatoria, como se encarga de explicar el prof. CABAÑAS GARCÍA en su monografía sobre la sustitución procesal⁶⁸³. Al respecto, cabe distinguir, básicamente, dos situaciones.

En primer término, cabe plantear la hipótesis normal de que el proceso haya sido instado por el sustituto procesal y la sentencia desestime, en todo o en parte, su demanda. En este supuesto, le es dable al sustituto interponer recurso contra la misma, puesto que, de un lado, es parte; y de otro lado, a efectos de gravamen lo determinante es el rechazo total o parcial de la demanda, y no el carácter ajeno de la relación sobre la que ésta versa.

Además, en esta misma situación precisa NIEVA FENOLL que también cabe que el titular sustituido interponga los recursos procedentes contra la sentencia, aunque se haya mantenido inactivo durante la instancia, con el límite, claro está, de la preclusión.

Y en segundo término, cabe hipotizar, en sentido inverso, que el proceso haya sido instado por el propio titular. ¿Sería posible entonces una suerte de sustitución procesal *in itinere* o *ad recursum*? El prof. CABAÑAS GARCÍA responde afirmativamente a esta pregunta, precisando que, para ello, deberá acompañar a su escrito de preparación del recurso, hoy de interposición, toda la documentación que justifique su condición de legitimado indirecto.

§. Una cuestión interesante en materia de impugnación que apenas ha recibido la atención de la doctrina es la posibilidad de que el sujeto titular sustituido ataque la sentencia firme dictada en su ausencia. En este sentido, CABAÑAS GARCÍA se limita a señalar –aunque no es poco, dado el inexistente interés sobre esta cuestión– lo que, en principio, pudiera parecer una contradicción, a saber: de un lado, afirma que al sustituido no le afectará la cosa juzgada de la sentencia cuando no haya tenido la oportunidad de participar en el proceso en el que se ha formado, mientras que, de otro lado, afirma que en estos casos el sustituido podrá impugnar la cosa juzgada acudiendo al incidente de nulidad de actuaciones *post sententiam* del artículo 241 LOPJ. Sin embargo, no es tal la contradicción. Aunque de una primera lectura podría interpretarse que el acudir al incidente de nulidad de actuaciones *post sententiam* vendría a ser como imponer al sustituido ausente la eficacia de la cosa juzgada (es decir, justo lo contrario de lo que se ha afirmado en un primer momento), si bien se mira el

⁶⁸² La tutela judicial del tercero..., cit., p. 341.

⁶⁸³ La tutela judicial del tercero..., cit., pp. 288-290. Vid. también, pero más brevemente, NIEVA FENOLL, La sustitución procesal..., cit., pp. 164-165.

prof. CABAÑAS GARCÍA no *impone* la carga de acudir al incidente de nulidad de actuaciones. Dicho de otra forma, el sustituido podrá, a mi juicio, iniciar un segundo proceso frente al demandado de forma incondicionada o, por mejor decir, sin sometimiento al requisito de haber intentado previamente una nulidad de actuaciones en el primer proceso instado por el sustituto; aunque el acudir a esta vía excepcional de rescisión de sentencias firmes puede presentar ventajas indudables cuando el proceso al que se refiera se encuentre en fase de ejecución (entre ellas, la posibilidad de que se acuerde su suspensión).

PARTE II

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

CAPÍTULO V

La sustitución procesal en las coordenadas del Derecho procesal civil

§. A diferencia de otros códigos procesales foráneos como el artículo 81 del *Codice di procedura civile* italiano¹ y –bajo su influencia– de algunos iberoamericanos², la LEC no contiene un precepto dedicado explícitamente a la

¹ El artículo 81 c.p.c. de 1940, bajo la rúbrica *La sostituzione processuale*, dispone que «*fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*».

² En Latinoamérica muchas de las previsiones legales relativas a la sustitución procesal están tomadas, con ligeras variaciones, del ejemplo italiano (del artículo 81 cpc y de su peculiar formulación negativa o prohibitiva), que ha ejercido un fuerte influjo en esta área. Así se refleja, por ejemplo, en el anteproyecto –de iniciativa académica– de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica presentado en 1998; según el aptdo. 2 del artículo 45 de este anteproyecto, “*nadie podrá pretender, en nombre propio, derecho ajeno, salvo cuando la ley lo autorice*” (vid. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Montevideo, 1988, p. 66, v.e. en <http://direitoprocessual.org.br>).

Entre las formulaciones legislativas sobre la sustitución procesal que han seguido esta inspiración se encuentran: el artículo 49 del [Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala](#), de 1963, que dispone –bajo la rúbrica de *sustitución procesal*– que «*fuera de los casos expresamente previstos en la ley, nadie podrá hacer valer en el proceso, en nombre propio, un derecho ajeno*»; el artículo 6º del [Código de Processo Civil de Brasil](#), de 1973, a cuyo tenor «*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*»; el artículo 105 del [Código Procesal Civil de la República de Costa Rica](#), de 1989, a cuyo tenor «*sólo en casos expresamente previstos en la ley, podrá hacerse valer, en proceso, en nombre propio, un derecho ajeno*»; el aptdo. 2 del artículo 36 del [Código General del Proceso Civil de Uruguay](#), dedicado éste a la *Representación y sustitución*, que establece que «*nadie podrá pretender en nombre propio derecho ajeno salvo cuando la ley autorice*»; y el artículo 140 CPC de Venezuela, de 1990, a cuyo tenor «*fuera de los casos previstos por la ley no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno*».

Otras codificaciones más recientes, en cambio, han optado por separarse de la formulación negativa típicamente italiana. Así, el artículo 60 del [Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil de Perú](#), de 1993, regula la sustitución procesal en llamativos términos que intentan acotar su ámbito: «*en el caso previsto en el inciso 4. del Artículo 1219 del Código Civil [es decir, la acción subrogatoria u oblicua] y en los demás que la ley permita, una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida*» [los paréntesis son míos]. En Honduras, el artículo 64 del Código Procesal Civil, de 2007 contempla en su aptdo. 2 la sustitución procesal como una modalidad de legitimación extraordinaria; este artículo, bajo el título *Legitimación ordinaria y extraordinaria*, dispone que: “*1 Para efectos procesales son partes legítimas ordinarias las que comparezcan y actúen en juicio, en posición jurídica contrapuesta, afirmando ser titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, sea inter vivos, sea mortis causa. 2. Las leyes podrán otorgar en determinados supuestos, bien por tratarse de una sustitución procesal, bien por razones de interés público o social, legitimación extraordinaria a personas distintas de los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. 3. La legitimación en pretensiones colectivas será la que se determina en este Código o en otras leyes complementarias*”.

Por último, cabe citar el caso del Código Procesal Civil de Paraguay, de 1988, que, aunque no contiene ninguna disposición sobre la sustitución procesal –tampoco sobre la legitimación–, sí,

sustitución procesal. Existen en nuestra LEC, eso sí, unos pocos preceptos que, aunque no la contemplan expresamente, pueden relacionarse –o al menos, se han relacionado tradicionalmente– con la sustitución procesal:

1º) El artículo 10 LEC, sobre «condición de parte procesal legítima», con el que están relacionados el artículo 11 (sobre «legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios», que, a su vez hay que poner en relación con otros preceptos legales) y el artículo 11 bis (sobre «legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres»).

2º) El artículo 301 LEC, sobre «concepto y sujetos del interrogatorio de las partes», y, en relación con él, los artículos 307 («negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales»), 308 («declaración sobre hechos no personales del interrogado»), 310 («incomunicación de declarantes») y 314 («prohibición de reiterar el interrogatorio de las partes») LEC.

3º) El artículo 330 LEC, sobre «exhibición de documentos por terceros» y, más concretamente, la no consideración como «tercero» de ciertos sujetos.

4º) El artículo 222 LEC, sobre «cosa juzgada material» (y, para el caso, el artículo 221 LEC, sobre los pronunciamientos de las «sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios»).

Según se ha visto en la Parte I de este trabajo, estas disposiciones se han utilizado en más de una ocasión por nuestra doctrina como base sobre la que sostener o construir el régimen jurídico de la sustitución procesal como institución jurídica. No estamos tan convencidos, sin embargo, de que sea éste el mejor modo de proceder. En efecto, no puede ignorarse que la LEC no utiliza en ningún momento la expresión “sustitución procesal” y que, tal vez, haya sido algo deliberado. Nos parece, por ello, más prudente comenzar el análisis tratando de incardinar la sustitución procesal, como hipotética institución jurídico-procesal, en las coordenadas del Derecho procesal civil a las que, en su caso, habría que adscribirla.

1. Presentación del problema de la sustitución procesal en el proceso civil

§. La Revolución francesa, con su exaltación de la legalidad pero también de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre a la libertad y a la seguridad de la persona, puso las bases que permitieron a SAVIGNY distinguir entre el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo, abriendo paso con ello –en contra de los postulados de SAVIGNY y de algunos seguidores de la Escuela Histórica del Derecho– a los movimientos codificadores de los siglos XIX y XX, característicos de los ordenamientos continentales de base romano-germana frente a los sistemas del *common law*. Desde entonces hasta nuestros

en cambio, ha dedicado una sección específica, en sede de partes, a las especialidades de la acción subrogatoria (artículos 93 a 97).

días nuestra disciplina –y no sólo ella– se ha emancipado del Derecho civil y hoy se asienta en tres ideas fundamentales y correlativas entre sí, cuya dimensión constitucional no puede desdeñarse: *jurisdicción, acción y proceso*.

No hace falta recorrer la formación dogmática de cada uno de estos tres pilares para situar la sustitución procesal en las parcelas, en particular, del Derecho civil y del Derecho procesal civil, animadas por el *principio de la autonomía de la voluntad* de los sujetos privados. Sólo allí donde el Derecho positivo reconoce a los sujetos particulares derechos, poderes y, en suma, situaciones de ventaja para poder autodeterminar su esfera jurídica por obra de su voluntad, cabe discernir la anormalidad que representan aquellos otros supuestos que se apartan de esta regla y que se caracterizan por que el ordenamiento confiere a un tercero el poder jurídico –también sometido a su voluntad– de incidir en la esfera jurídica de los demás por medio del proceso, como todo indica que sucede en la sustitución procesal.

§. Un análisis crítico acerca de la sustitución procesal nos enfrenta a un conjunto de problemas que la dogmática civil sustantiva y la dogmática procesal civil no han terminado de resolver hasta ahora de forma contundente y pacíficamente aceptada. Las prevenciones de la dogmática civil a trasponer la figura del «interés jurídico» al Derecho privado y a construir sistemáticamente una teoría actual sobre las situaciones jurídicas subjetivas ha desembocado en que hablar hoy de sustitución procesal no puede hacerse sin hablar de legitimación y hablar de legitimación es analizar, desde un enfoque concreto, el problema general del ejercicio de los derechos y de los intereses jurídicamente protegibles³.

³ Estas prevenciones, que lo son –al cabo– a hacer teoría general del Derecho y del Estado, se explican por la exacerbación que los grandes regímenes totalitarios del siglo XX hicieron de la ley objetiva como expresión de la voluntad del pueblo y de la negación del concepto, de corte liberal, de derecho subjetivo. Cualquier corriente iusfilosófica o, para el caso –mejor– ninguna, hubiera servido de coartada a esos regímenes políticos totalitarios. Sin embargo, sucede que, aunque no le son imputables, se suele vincular ideológicamente estos males con algunos juristas que, como COMTE o DUGUIT, pusieron en cuestión el concepto de derecho subjetivo y, en su lugar, analizaron las situaciones jurídicas del individuo reflejamente protegidas por el Estado. El derecho subjetivo ha sobrevivido a todos estos envites y el siglo XX también ha alumbrado una cultura jurídica en torno a los derechos humanos que suponen una reacción frente al positivismo y al formalismo jurídicos. Sin embargo, salvo excepciones como CASTÁN TOBEÑAS (con su obra *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963), la doctrina civilista española ha acabado relegando el estudio científico de las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho privado. Por nuestra parte nos limitamos a constatarlo, a sostener que la existencia de los derechos subjetivos privados es un *prius* lógico respecto de la actividad jurisdiccional del Estado que le sirve de tutela, y a adscribirnos, en su consecuencia, a la llamada teoría *concreta* del «derecho de acción», que es fruto de una concepción iusnaturalista sobre los derechos –sin duda, metaprocesales, pero no ajenos al estudio del Derecho procesal– que deben reconocerse a todos los individuos frente al Estado en el ámbito del Derecho privado, y cuyo mayor defensor es España es el prof. DE LA OLIVA SANTOS (vid. “Sobre conceptos básicos del Derecho Procesal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, I, p. 199 y ss.; *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Barcelona, 1980, y, por último, *Curso de Derecho procesal civil*, t. I (con J. VEGAS TORRES e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2ª ed., Madrid, 2013).

No espere el lector encontrar en las páginas que siguen una reconstrucción o una nueva formulación de una materia que difícilmente puede ser reconstruida o reformulada sin contar también con las aportaciones que desde el ámbito del Derecho administrativo se han realizado al estudio de las posiciones jurídicas subjetivas en el Derecho público. Anticipamos que en estas páginas simplemente pretendemos enfrentar la sustitución procesal a la constatación de las siguientes realidades y dificultades:

Primera.— Derecho sustantivo y Derecho procesal confluyen en las nociones de acción y de legitimación.

Segunda.— Igual que en el Derecho sustantivo no existe aún un consenso pacífico acerca de cómo deben entenderse conceptos tan necesarios para el correcto funcionamiento de la vida cotidiana, como son los de «derecho subjetivo», «obligación», «responsabilidad», «relación jurídica» y el lugar que ocupan las nuevas situaciones de «interés jurídico» en el Derecho privado, tampoco la ciencia jurídica procesal ha sido capaz de hallar un consenso en torno a qué sea el derecho de acción o, peor aún, qué sea la legitimación. Decimos «peor aún», porque la legitimación va indisolublemente unida a la sustitución procesal. Y añádase a esto la difícil atribución de un contenido estable a la noción de «parte procesal», constantemente perturbada por la dicotomía entre lo individual y lo colectivo que se ha exacerbado en los últimos tiempos.

Tercera.— No podemos perder de vista que toda conceptualización debe estar al servicio de la utilidad práctica. Nos preocupa, por tanto, y con esta preocupación lo abordamos, el análisis de la legitimación y de la sustitución procesal con el objetivo y en la medida en que nos sirva para determinar el mejor modo en que el ordenamiento contempla la tutela de los derechos e intereses que la merecen.

Cuarta.— La sustitución procesal, como posible institución, también pone en tela de juicio otras instituciones procesales, como se deriva de las normas dispersas antes enunciadas que habitualmente se proponen como esbozo de su régimen jurídico en nuestro ordenamiento. Pero, en todo caso, el núcleo conceptual con el que debe relacionarse de forma ineludible la sustitución procesal sigue siendo el que gravita en torno a las nociones de parte procesal y de legitimación.

2. Del «ejercicio judicial» del derecho subjetivo al deber del Estado de prestar la tutela judicial

2.1. LA CONFUSA EXPRESIÓN «EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS»

§. Es técnicamente erróneo afirmar que el particular que, ante la lesión concreta de uno de sus derechos privados por otro particular, acude a los tribunales civiles para obtener la tutela de su derecho, lo hace ejercitando *ese* derecho lesionado. Esta afirmación que puede ser aceptable en el lenguaje coloquial, no lo es cuando la referimos a la defensa judicial de los derechos privados en el proceso.

PUGLIATTI prevenía del prolífico uso del término «ejercicio del derecho» en muchas normas legales y de sus diferentes significados⁴ y en el caso de la sustitución procesal la advertencia no puede estar mejor traída, porque está envuelta en un continuo equívoco –el *ejercicio* de los derechos o de las acciones, he aquí el *quid*, de otro– del que es imposible salir sin regresar a él. Se entenderá mejor lo que ahora se dice después de haber desarrollado el estudio sobre la acción subrogatoria. Hasta entonces y como primera idea para situar la sustitución procesal es preciso dejar claro desde el principio que cuando se acude a los tribunales civiles el modo en que se ejercitan los derechos e intereses jurídico-materiales privados –y, en cierta medida, también se dispone de ellos– es haciéndolos valer fundamentando en ellos pretensiones jurídico-procesales.

§. La noción misma de *ejercicio del derecho subjetivo* es difícil de aprehender en el Derecho privado y de reducir a un concepto unívoco.

Andreas VON TUHR lo definió como «la conducta del titular conforme a su contenido»; COVIELLO como «la práctica actuación del contenido del derecho mismo»; y BETTI nos ofrece la siguiente definición *sincrética*: «la realización, frente a otros, de un *estado de hecho o una situación jurídica conforme al típico interés para cuya protección está dispuesto*»⁵. Esta última acepción nos aproxima más al sentido que adquiere el ejercicio de los derechos subjetivos y que se pierde cuando, en contraposición a la contemplación estática de la *titularidad* como pertenencia de un derecho a un sujeto, el concepto de *ejercicio* se predica, en sentido amplio⁶, de la realización de actos que lo son de una pluralidad de *facultades*: de goce, de conservación, de disposición, de aseguramiento y de defensa del derecho.

⁴ S. PUGLIATTI, “Esercizio del diritto”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XV, Milán, 1966, pp. 622-627. Otros autores también han advertido al intérprete de la importancia de discernir entre *titularidad* del derecho y *ejercicio* del derecho mismo como momento estático y dinámico del derecho, aunque después terminan, como FROSINI, presentando el ejercicio como un confuso «derecho de ejercicio, diferenciado del derecho al que aquel se refiere» (V. FROSINI, “Esercizio del diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Turín, 1968, p. 823). Para aproximarse a la dificultad de aprehender un concepto de ejercicio de los derechos unívoco en el Derecho privado, *vid.* también E. GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975, que es la edición del discurso de apertura del curso 1954-55 pronunciado por este autor en la Universidad de Valladolid y cuya lectura no es nada fácil pese a la claridad con la que el autor escribe, por estar dirigido a poner en evidencia, a través de diversos actos de ejercicio, varias construcciones sobre el «derecho subjetivo».

⁵ A. VON THUR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. III, trad. Tito Ravá, Buenos Aires, 1948, p. 241; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4ª ed., Nápoles, 1929, p. 482, cit. por M. BATLE VÁZQUEZ, “Ejercicio de los derechos”, *Nueva enciclopedia jurídica*, t. VIII, Barcelona, 1956, p. 140; y E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Granada, 2000, p. 23.

⁶ *Vid.*, por todos, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. II, reimpr. 4ª ed. rev. J. L. de los Mozos, Madrid, 1987, pp. 56-58, quien mantiene un concepto estricto de la expresión «ejercicio del derecho» que se va a ver en el texto principal; y, frente a esta postura, sostienen un concepto amplio J. L. LACRUZ BERDEJO, F. A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO y otros, en *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 3º, Madrid, 1999, pp. 99-101, por considerar insuficiente, parcial y errónea la postura que deja la defensa del derecho fuera del concepto de ejercicio, porque «sería sólo eso: protección, mas no ejercicio».

Luego veremos que, aunque de esta defensa judicial dependa la realización efectiva de los derechos e intereses del titular, éstos tienen una peculiar forma de “ejercitarse” en el proceso. Lo que ahora queremos subrayar es que en el Derecho civil –y salvo en la definición de BETTI– los términos «ejercicio del derecho» son una expresión confusa.

§. La definición abstracta más extendida sobre el «ejercicio de los derechos» es la que lo presenta como «la puesta en práctica o realización efectiva de alguna de las facultades que todo derecho comporta»⁷; pero, si tratamos de precisarlo un poco más, existen serias dificultades para hacerlo en los derechos reales y en los derechos de crédito y termina reduciéndose –como la propia definición muestra– a un ejercicio de las facultades que comprende el derecho subjetivo, entre las que suele incluirse, erróneamente, la facultad de su ejercicio judicial.

Para algunos autores, como CASTÁN TOBEÑAS el ejercicio del derecho subjetivo consiste estrictamente en los actos de goce y de uso pacífico; pero se trata de una definición de la que se ha cuestionado que proceda el nombre de «derecho subjetivo» si al acto de ejercicio le falta la nota de *alteridad*. Más parece que se trata de actos de ejercicio de la facultad de goce y de la libertad que el derecho confiere al titular para usar –o no– lícita y libremente del bien y para realizar actuaciones materiales o económicas del interés que el derecho –según la concepción de IHERING– trata de asegurar a su titular.

Así, cuando leemos un libro, o conducimos un vehículo, o cuando colgamos un cuadro en nuestra vivienda, estamos realizando actos de ejercicio del contenido del derecho que ostentamos sobre la cosa; actos de las facultades de uso o de goce que el derecho en cuestión nos confiere y que también pueden ser realizados por los incapaces, con tal de que no les falten las capacidades naturales para realizarlos. Hasta aquí –como sostuvo GÓMEZ ORBANEJA– estos actos de ejercicio no producirían más efectos que los que recaen sobre el objeto corporal del mismo derecho⁸, que puede ser de carácter real –si, en los ejemplos, fuéramos propietarios o usufructuarios de la cosa–, de carácter personal –si fuéramos, en cambio, comodatarios o arrendatarios–, o incluso poseedores precaristas, si el titular simplemente nos ha autorizado.

Si se advierte, estos actos de ejercicio que se refieren a las facultades de uso y de goce que integran el derecho no permiten discernir externamente, salvo en casos especialísimos, a qué derecho o por qué título son realizados por el sujeto. La cuestión es importante porque puede sembrar el equívoco –lo ha sembrado, de hecho– de ver en el acto de un sujeto el ejercicio de un derecho de otro, como tradicionalmente ha sucedido en la sustitución procesal con los supuestos del acreedor pignoraticio del artículo 1869 CC y en el del usufructuario del artículo 507 CC.

Para que el ejercicio lo sea de un *derecho*, es preciso, antes, que exista tal derecho porque se reconozca al sujeto un conjunto de prerrogativas jurídicas

⁷ P. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil*, I, 3ª ed., Madrid, 2008, pp. 242-243, y A. ACEDO PENCO, *Introducción al Derecho privado*, Madrid, 2013, p. 202.

⁸ E. GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio de los derechos*, cit., pp. 15 y 43-51.

fundadas en garantizar al sujeto el interés económico o de otra índole y, de otro lado, que el acto de ejercicio presente la nota de alteridad porque se realice frente a otros, como resume la definición de BETTI, que remite a la noción de relación jurídica.

Si se sigue refiriendo el ejercicio del derecho a las facultades, el problema de definir el ejercicio del derecho es todavía más delicado en los derechos relativos de crédito. ¿Qué «actos de ejercicio» cabe predicar de los derechos que tienen por contenido una prestación de dar, de hacer o de no hacer por parte del sujeto obligado? ¿También aquí terminan siendo actos de las distintas facultades de conservación, de disposición y de defensa del derecho?

§. En el Derecho sustantivo se suele incluir en el contenido del derecho subjetivo el *ius exigendi* que comporta el derecho de crédito o el *ius excludendi* que comporta el derecho real y, así, en el plano extrajudicial puede hablarse de ejercicio de estos *iura* cuando al sujeto pasivo se le dirige un requerimiento para exigirle el cumplimiento y el respeto del derecho. Se trata de actos de ejercicio del derecho que no son irrelevantes jurídicamente, sino que tienen anudados efectos interruptivos de la prescripción.

Sin embargo, no son estos *iura* los derechos que ejercitamos ante los tribunales para defender nuestro derecho: ante éstos, la forma peculiar que asume el ejercicio del derecho subjetivo privado es *deducirlo*, el *farlo valere* italiano o la *Geltendmachung des Rechts* alemana, fundando en él pretensiones que son la concreción de una prerrogativa jurídica distinta que debe reconocerse a todos los justiciables por el simple hecho de existir la jurisdicción como función monopolizada por el Estado para resolver los conflictos jurídicos en sustitución de la autotutela de los particulares.

El estudio de la naturaleza y de las facetas que pueden comprender esa distinta prerrogativa jurídica admite un doble enfoque: uno, jurídico-positivo, que nos enfrenta al llamado «derecho a la tutela judicial efectiva» del artículo 24.1 CE, y otro, histórico y doctrinal, del que se ocupan las teorías sobre el «derecho de acción» (civil)⁹. Ambos, aunque cada uno a su manera, tienen que ver con la célebre definición de CELSO, recogida en varias fuentes tardo-romanas, que definen la acción como el *ius persequendi iudicio quod sibi debeatur* ([Inst. IV, VI, proemio](#) y [D. 44.7.51](#)).

⁹ La cuestión del ejercicio de los derechos y su relación con el derecho de acción es un tema clásico en el Derecho procesal. Sin entrar en las distintas formulaciones sobre el derecho de acción, empleamos como fuentes principales la obra de DE OLIVA SANTOS, *El derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia...*, cit.; de J. MONTERO AROCA Y M. ORTELLS RAMOS “La acción (un intento de aclaración conceptual)”, en MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho procesal*, Barcelona, 1996, pp. 117-144; y la de GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio de los derechos*, cit., que contiene el discurso de apertura del curso 1954-55 de la Universidad de Valladolid, cuya lectura no es nada fácil pese a la claridad con la que el autor escribe, por estar dirigido a poner en evidencia, a través de diversos actos de ejercicio, varias construcciones sobre el «derecho subjetivo» y su relación con el ordenamiento jurídico en la teoría general del Derecho.

2.2. LA POLÉMICA SOBRE EL «DERECHO DE ACCIÓN»: BREVE RECORDATORIO

§. El concepto de «derecho de acción» es uno de los pilares conceptuales del Derecho Procesal. Pocos conceptos han sido y siguen siendo tan controvertidos como éste, y en tan pocos terrenos como en éste ha resultado tan difícil llegar a cotas de mínima uniformidad en la doctrina. Sin embargo, tampoco puede negarse que la controversia en torno a la acción –en especial, en torno a la acción civil– ha sido una de las más fructíferas, y que en buena medida a ella se le debe la autonomía científica del Derecho Procesal, desgajado del Derecho Civil a cuya tutela está destinado.

2.2.1. Génesis de la discusión en torno a la acción civil

§. En su acepción procesal, el de «acción» probablemente sea uno de los términos jurídicos más antiguos, a la vez que ha sido siempre el más genérico para designar cualquier actividad encaminada a obtener la tutela efectiva de los derechos privados¹⁰. Durante varios siglos, el de acción se ha considerado como un concepto perteneciente al Derecho Privado: se veía en ella un derecho nacido de la violación de otro derecho o la facultad –entre otras incorporadas al propio derecho subjetivo– de acudir a los órganos judiciales para reclamar su protección en caso de violación: se partía, por tanto, de una concepción *monista* de la acción, que la identificaba con el derecho subjetivo. Así lo entendía, por ejemplo, SAVIGNY, para quien la acción no era sino «la facultad adherida al derecho de solicitar la tutela del poder judicial en caso de que el derecho sea lesionado»¹¹. Y algo semejante late en la concepción de PUCHTA, para quien la acción es «el derecho en pie de guerra».

Éste era el estado doctrinal de la cuestión a mediados del siglo XIX, momento en el que tuvo lugar la celeberrima «discusión» académica entre WINDSCHEID y MUTHER, de tan trascendentes consecuencias para el Derecho Procesal¹². En 1856 publicó WINDSCHEID –en origen, un romanista o civilista– su primer trabajo al respecto, titulado *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf, 1856). En ese trabajo, WINDSCHEID deslindó dos conceptos diferentes, el de *Anspruch* –formulación tradicional del derecho subjetivo– y el de *Klagerecht* –derecho de acción–, diferente del anterior, aunque no alcanzó a dotarlo de un contenido preciso. El trabajo de WINDSCHEID tuvo la virtud de excitar el celo de otro civilista–romanista, MUTHER, quien tuvo el mérito de dar contenido propio al *Klagerecht* apuntado por aquél: un derecho diverso al derecho subjetivo, que es previo a su ejercicio ante los órganos judiciales, y que él resume como el derecho a que el pretor redacte la fórmula; a pesar de que parecía una explicación con transcendencia única para el proceso formulario romano, lo

¹⁰ KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, pág. 174; en nuestro país, *cfr.* por todos A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, *cit.*, pág. 105, quien nos dice que «*Actio* tenía un sentido más general, de cualquier clase de actuación, pero, en el lenguaje jurídico, se especificó en este sentido procesal».

¹¹ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1841, T.V, parágrafo 205, pág. 6.

¹² No es irrelevante, tampoco, recordar que esta polémica supuso, varias décadas después, un debate simétrico en torno a los distintos significados sobre la *obligatio* romana y las nociones germanas de *Schuld* y *Haftung*.

cierto es con ello ya se operó el cambio: porque el destinatario de este derecho es un sujeto –el pretor– diverso al destinatario del derecho lesionado, de modo que, a partir de ahí, bastaba sustituir al pretor por el Juez o el Estado para darle actualidad al concepto (*Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht der Litiscontestatio und der Singularsuccession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs*, Erlangen 1857). El libro de MUTHER se redactó en un tono especialmente crítico contra WINDSCHEID, lo que provocó la redacción por éste de un segundo trabajo, *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther* (Düsseldorf, 1857): en él a WINDSCHEID no le quedó más alternativa que reconocer que el *Klagrecht* era un derecho diferente del derecho subjetivo material –con lo que se abrió el campo a las concepciones dualistas de la acción–, pero se afirmó ya radicalmente que el estudio de este derecho había dejado de ser trabajo de los especialistas del Derecho civil, para pasar a los del Derecho procesal. Desde este momento dejó de ofrecer dudas la autonomía científica de esta segunda disciplina.

2.2.2. Conceptos abstracto y concreto de la acción civil

§. A partir de aquí, las construcciones sobre el concepto de acción se han sucedido, siendo muy numerosas y divergentes: no consideramos abonado entrar ahora en ellas, máxime cuando sus hitos más importantes pueden consultarse, entre otros, en los meritorios trabajos de SERRA¹³ y de MONTERO y ORTELLS¹⁴. A pesar de los matices, las opiniones sobre el concepto de acción se han focalizado en dos grandes bloques: los defensores de la acción en sentido abstracto¹⁵, y quienes la conciben como un derecho de contenido concreto¹⁶. En ambos casos, caracteriza a la acción su naturaleza de derecho subjetivo público, es decir, que se tiene frente al Estado y, más en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales¹⁷. Lo diferente, claro está, es el contenido de ese derecho, es decir, aquello que puede esperar el justiciable del Estado y, correlativamente, aquello que debe realizar éste para quedar «liberado» de su obligación para con aquél.

§. Desde este segundo enfoque, la acción puede definirse como el derecho subjetivo público a obtener de los órganos jurisdiccionales una tutela concreta

¹³ SERRA, “Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción”, *Estudios de Derecho Procesal*, cit., págs. 118-158.

¹⁴ J. MONTERO AROCA Y M. ORTELLS RAMOS, “La acción (Un intento de aclaración conceptual)”, en J. MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho Procesal*, cit., págs. 117-144.

¹⁵ Enfoque que tiene su origen en la obra de DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877.

¹⁶ Concepción ésta que arranca de WACH, tanto en su *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. de Banzhaf, Buenos Aires, 1977) como en *La pretensión de declaración* (trad. Semon, Buenos Aires, 1962), y de la que el autor ofrece una excelente síntesis en “Der Rechtsschutzanspruch”, *Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß*, Tomo 32, 1903, págs. 1-34.

¹⁷ Mención separada, por su originalidad y su divergencia radical con los planteamientos que se exponen en el texto, merece la concepción de CHIOVENDA en torno a la acción civil como derecho potestativo a obtener frente al adversario la aplicación del ordenamiento, y que sitúa al demandado –no al Estado– como sujeto pasivo de la acción (“La acción en el sistema de los derechos”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. de Sentís Melendo, Vol. I, Buenos Aires, 1949, págs. 3-130).)

(DE LA OLIVA¹⁸); esta tutela concreta variará en función de la singular acción ejercitada, atendiendo al *petitum* solicitado, puesto en relación con la causa de pedir. Es, formulado en otros términos, el derecho a que los órganos jurisdiccionales dicten una sentencia favorable al titular de la acción –que es, como regla, el titular del derecho subjetivo lesionado–. No se trata del único derecho reconocido a los justiciables frente a la Jurisdicción, ni tampoco de un derecho incondicionado. Pero sí que representa la esencia de aquello a lo que los justiciables tenemos derecho en caso de infracción de nuestros derechos subjetivos, como compensación por la abolición de la justicia privada y el establecimiento del monopolio estatal a la hora de resolver los conflictos intersubjetivos.

§. En cambio, entendido en sentido abstracto, el derecho de acción viene a conceptuarse como el derecho de los justiciables frente a los órganos jurisdiccionales a que éstos tramiten el proceso por todas sus fases y dicten una sentencia sobre el fondo, en la que se aplique de manera correcta el Derecho objetivo. Tampoco se trata, evidentemente, de un derecho incondicionado, ni del único que se reconoce a los justiciables. Pero su contenido, en comparación con el que proporciona la concepción concreta, es más reducido: porque en ningún momento se reconoce que el justiciable tenga un derecho frente al Estado a la obtención de una sentencia favorable, sino sólo a una sentencia de fondo y, a lo sumo, a que en ella se haga una correcta aplicación del Derecho objetivo. Cabe suponer, claro está, que una recta aplicación de las normas jurídicas conducirá a una sentencia favorable para quien ha sido realmente perjudicado por la infracción de sus derechos; pero se trata de un salto lógico, que en modo alguno forma parte de aquello que el Estado «debe» al justiciable que acude a él en solicitud de tutela.

Esta concepción abstracta de la acción es, posiblemente, la que predomina en la doctrina actual¹⁹; de hecho, más allá del terreno puramente intelectual, en el plano estrictamente legislativo, parece responder al mencionado esquema el artículo 30 del *Code de procédure civile* francés, cuando define la acción del modo siguiente: «*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée*».

2.2.3. La acción civil en sentido concreto: defensa de su validez actual

§. En nuestra opinión, y aun a riesgo de una imputación de anacronismo, es sin duda la concepción concreta de la acción la que resulta más satisfactoria desde un punto de vista conceptual²⁰.

¹⁸ *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pág. 11.

¹⁹ Desde luego, la doctrina alemana actual parece empeñada en desterrar al olvido la concepción concreta de la acción (*Rechtsschutzanspruch*) y únicamente admite la existencia del *Justizanspruch* (que responde a la construcción de la acción en sentido abstracto): cfr., por todos, ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, 14ª ed., Munich, 1993, págs. 13 y sigs.; VOLKKOMMER, en *Zöller-Zivilprozeßordnung*, 21ª ed., Colonia, 1999, págs. 6-7.

²⁰ Y «conceptual», que no «práctico», ha de ser sin duda el plano en el que se ha de suscitar y resolver la problemática de la acción civil.

A nuestro entender –y no pretendemos ninguna originalidad al formular ahora nuestros planteamientos– el sistema de derechos de que dispone el justiciable frente a la Jurisdicción –y siempre dentro del ámbito del proceso civil– se explica de forma gradual, a través de tres peldaños o niveles de protección.

1) Así, en primer término, debe reconocerse la existencia del denominado «derecho de acceso a los Tribunales», que podría conceptuarse como aquel derecho incondicionado e ilimitado de acudir a los órganos jurisdiccionales formulando una solicitud de tutela. Se trata de un derecho incontrovertido, tanto más desde el momento en que se comprueba que es un derecho de contenido escaso: se satisface con una resolución fundada en Derecho, aunque sea de rechazo frontal (de hecho, éste es el único contenido que debe asignarse a la acción, según la concepción de FAIRÉN²¹).

2) En segundo lugar, se encuentra el denominado «derecho al proceso»²² o «derecho a la sentencia de fondo»: el derecho del demandante a que, presentada su demanda, el Juez le dé curso y tramite el proceso por todos sus cauces hasta dictar una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del litigio. Este derecho, sin embargo, no es incondicionado; su reconocimiento está supeditado a la concurrencia de una serie de presupuestos procesales (relativos al órgano jurisdiccional, a las partes y a la adecuación procedimental) y a la ausencia de óbices procesales (como la litispendencia o la cosa juzgada).

Es habitual, entre los defensores de la acción en sentido concreto, identificar este derecho al proceso con el derecho de acción en sentido abstracto, para achacarle que, según sus esquemas, el derecho de los justiciables se ve satisfecho con una sentencia sobre el fondo, «cualquiera que sea su contenido». Sin embargo, y en honor a la verdad –aun sin ignorar tampoco que existen singulares manifestaciones de la acción en sentido abstracto que así lo consideran–, el derecho de acción en sentido abstracto no se conforma con una sentencia de fondo, cualquiera que sea su contenido, sino que presupone una sentencia en la que se aplica con corrección el Derecho objetivo al fondo del asunto. No es, por tanto, una crítica con validez general para demostrar la preferencia por la acción en sentido concreto. La verdadera distinción entre una y otra sólo se aprecia con claridad si se contempla cuál es el siguiente grado de protección para quienes creemos en el concepto concreto de la acción.

3) Finalmente, la culminación de los derechos del justiciable frente a la jurisdicción la constituiría el derecho de acción, en sentido concreto: el derecho a que esa sentencia de fondo, a la que se tiene a su vez derecho si se cumplen los presupuestos procesales, resulte favorable al demandante (en términos algo más llanos, el derecho del actor a que la sentencia le otorgue la razón... si la tiene).

§. La existencia de este derecho, con este contenido, es realmente el caballo de batalla entre ambas concepciones de la acción.

²¹ FAIRÉN GUILLÉN, “La acción, el Derecho procesal y el Derecho político”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pág. 75.

²² El término parece acuñarlo, al menos en nuestro país, el prof. DE LA OLIVA en *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pág. 37.

La concepción abstracta analiza el asunto primordialmente desde la perspectiva del sujeto pasivo del derecho de acción –el tribunal–, y señala lo que ha de hacer para liberarse de él: tramitar el proceso hasta el final y aplicar las normas jurídicas en la sentencia por la que decide su terminación. Resulta evidente, desde este ángulo, que el juez no puede hacer más que aplicar el Derecho al caso controvertido, en función de las alegaciones recibidas y de las pruebas observadas. Un normal funcionamiento del ordenamiento jurídico conduce a que, si todo se efectúa con corrección, la aplicación del Derecho supondrá la satisfacción del demandante que realmente lo merezca: porque, en definitiva, los derechos subjetivos sólo existen en la medida en que gozan del reconocimiento del Derecho objetivo, del que traen causa. Por ello, es patente que a la concepción abstracta de la acción le subyace una concepción iusfilosófica que ubica la medida de lo justo en la decisión judicial que aplica correctamente el Derecho objetivo.

§. En cambio, la concepción concreta de la acción analiza la situación desde la perspectiva del titular del derecho –el demandante– e incide en aquello que es preciso para que éste se sienta satisfecho –y disuadido del recurso a cualquier modalidad de justicia privada–. Por razones rayanas en lo filosófico–jurídico, nos convence más este segundo enfoque: porque el proceso –al menos el proceso civil– no está concebido como cauce para que los órganos jurisdiccionales puedan aplicar el Derecho; esta aplicación correcta del Derecho no es un fin en sí misma, aunque constituya la esencia del contenido de la función jurisdiccional. El proceso, y la jurisdicción, en tanto que instrumentos, existen como forma de tutelar los derechos: el proceso está preordenado a reparar un derecho que el litigante afirma haber sido lesionado, y la aplicación con corrección del Derecho objetivo es sólo un instrumento, como el propio proceso, para lograr la satisfacción de ese derecho. Concebidas así las cosas, resulta evidente que una sentencia en la que se proceda a una aplicación sedicentemente correcta del Derecho objetivo puede ser, a pesar de todo, injusta, si realmente no satisface el derecho que efectivamente correspondía al actor. La medida de lo justo, desde esta concepción, no se reduce a las declaraciones de voluntad del Estado recogidas en las sentencias fundadas en el Derecho objetivo, sino que aparece vinculada de forma mucho más estrecha con la satisfacción de los derechos, que para tener verdadera entidad deben presuponerse existentes al margen de que hayan sido o no reconocidos por sentencia judicial.

El problema de la concepción abstracta de la acción radica en que, según sus esquemas, quien no recibe una sentencia favorable no puede entenderse que tenga «derecho» (no ya acción, sino derecho subjetivo material): aunque sus partidarios no lleguen a reconocerlo así, se atribuye a la sentencia una suerte de fuerza constitutiva en el plano jurídico sustantivo²³. La concepción concreta, en cambio, presume que la existencia de los derechos es un *prius*, que éstos se residen en el sujeto desde su nacimiento: es por ello posible que, a pesar de

²³ Cfr., en este sentido, las críticas formuladas por DE LA OLIVA a la construcción de PEKELIS (*Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., págs. 39 y sigs.).

la existencia del derecho, una sentencia judicial erróneamente no lo considere así. Esa sentencia, según estos esquemas, será injusta.

El proceso, en definitiva, se plantea por el actor como instrumento para la satisfacción de «su» derecho, no para la simple aplicación del Derecho; por eso, toda demanda de tutela civil concluye con un *petitum* concreto, en el que se especifica con detalle qué es lo que el demandante espera de una correcta aplicación del Derecho objetivo a la situación controvertida; y no como una petición genérica de que «expuestos los hechos, se apliquen las normas oportunas y se deduzcan de ello las consecuencias jurídicas pertinentes».

§. Sólo así se acaba explicando, en último término, el sistema de recursos. Porque si el derecho del demandante hubiera de considerarse satisfecho con una sentencia que aplicara el Derecho, ¿por qué razón habría de permitírsele solicitar su revisión y su sustitución por otra? Podría responderse, claro está, que la acción presupone una sentencia en la que se aplique *correctamente* el Derecho objetivo, y que el demandante puede entender que la sentencia de primera instancia no ha satisfecho su derecho. Ahora bien, si se mira con detenimiento, ¿cuál es el parámetro que le sirve al demandante para sostener que la aplicación del Derecho ha sido incorrecta?: sin lugar a dudas, la apreciación de que no ha recibido en la sentencia aquello que esperaba y había solicitado en su demanda. De hecho, si la sentencia hubiera reconocido su derecho, aunque con base en una aplicación incorrecta del ordenamiento, el demandante vencedor carecería a pesar de todo de gravamen para recurrir directamente la sentencia –cuestión distinta es que pueda adherirse a la apelación presentada por la otra parte–.

Con ello queda de manifiesto que lo que satisface la acción del demandante es una sentencia favorable (fundada, lógicamente, en una aplicación correcta del Derecho; pero también, de hecho, cuando la aplicación del Derecho ha sido errónea). El actor que vio desestimada su demanda recurre «porque no se le ha concedido algo a lo que él cree tener derecho» y ese «algo» no puede ser su derecho subjetivo material: al fin y al cabo, el derecho subjetivo material lo tiene exclusivamente frente al demandado, y no es precisamente el demandado quien le ha denegado la tutela, sino el tribunal. Subyace, como se puede ver, el sentimiento en los justiciables de que tienen algo más que el derecho a una sentencia sobre el fondo jurídicamente fundada y correcta; subyace, en definitiva, la noción de que el proceso está para otorgar la satisfacción a un derecho preexistente²⁴, satisfacción que sólo es efectiva si la sentencia es favorable y otorga la concreta tutela pedida por el demandante.

²⁴ El derecho de acción, por tanto, es previo en su existencia al propio proceso, lo que obliga a rechazar la peculiar construcción de VON BÜLOW, en opinión de quien el derecho a la sentencia favorable ni es previo al proceso ni nace con la demanda, sino únicamente al término de la vista oral –es decir, al término del proceso–, pues sólo entonces puede exigirse del tribunal que dicte una sentencia con contenido favorable para actor o demandado (cfr. “Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß”, *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, Tomo 31, 1903, págs. 191-270; una contundente refutación de esta tesis, demostrando la indudable preexistencia al proceso del derecho de acción, puede verse en el trabajo ya citado de WACH, “Der Rechtsschutzanspruch”).

2.2.4. Requisitos o condiciones de la acción civil, en sentido concreto

§. Afirmada la existencia de un derecho a la tutela jurídica concreta, deben recordarse otras dos cuestiones de importancia: por un lado, la independencia de la acción respecto del derecho subjetivo material; por otro, los presupuestos o condiciones a que el derecho de acción está sometido.

Que el derecho de acción es diferente del derecho subjetivo material es algo indudable, y que se desprende de cuanto se viene diciendo hasta ahora: el sujeto pasivo de uno y otro derecho son bien distintos –otro particular, en el caso del derecho material; el Estado, encarnado en sus órganos jurisdiccionales, en el segundo–. Tampoco puede ignorarse que existen supuestos en los que existe acción sin derecho subjetivo material (piénsese, por ejemplo, en la acción de divorcio, o en las acciones declarativas negativas); o en los que el derecho subjetivo aún no ha nacido (las acciones a través de las que se pretende una condena de futuro)²⁵.

Ahora bien, que la acción no deba confundirse con el derecho subjetivo material no significa que éste carezca de relevancia en el proceso. Antes al contrario, la efectiva existencia de un derecho subjetivo privado es, sin duda, una de las condiciones o presupuestos de la acción –salvo en los casos, que se acaban de mencionar, en que se puede afirmar la existencia de acción sin relacionarla con derecho subjetivo alguno²⁶–. Pero el derecho a la tutela jurídica concreta está condicionado, además, a la concurrencia de otros requisitos: interés, legitimación y accionabilidad.

Sobre la legitimación nos extenderemos en breve. Respecto de las otras “condiciones procesales de la acción”, procede ahora traer escuetamente a colación lo siguiente.

§. Para que exista un derecho a la tutela jurídica debe existir un *interés legítimo* en que esa tutela sea concedida. Su ausencia impide el otorgamiento de la tutela solicitada, a pesar de que el derecho subjetivo material haya sido probado.

Con apoyo en CHIOVENDA, señala MONTERO que con la exigencia del interés «de lo que se trata es de evitar que se formulen pretensiones que no respondan a la existencia de un verdadero conflicto, por cuanto los órganos jurisdiccionales deben actuar el derecho objetivo ante la existencia de controversias reales, no pudiendo limitarse a emitir dictámenes o a hacer declaraciones genéricas acerca de hipotéticas situaciones a los simples efectos de ilustrar a las partes sobre el comportamiento más adecuado»²⁷.

El interés, en todo caso, no debe confundirse con el fondo del asunto en sí, sino con la afirmación –y, en su caso, demostración– de que el fondo del asunto es

²⁵ Argumentos aportados por DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., págs. 38-39.

²⁶ Aunque, indudablemente, en estos casos será precisa la apreciación por el tribunal de que concurre una situación jurídica de relevancia procesal análoga a la del derecho subjetivo, esto es, una situación merecedora de tutela judicial.

²⁷ *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pág. 46.

«litigioso», «controvertido» y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales. Y no «litigioso» o «controvertido» a secas, sino entre actor y demandado. Así entendido, el concepto de interés es la respuesta a la pregunta de por qué es necesaria la tutela judicial que pide el actor frente al demandado. Ésta es, a nuestro juicio, la verdadera función del interés como condición de la acción: evitar tutelas innecesarias (que, por innecesarias, están prohibidas por una norma no escrita... en nuestro ordenamiento, pero no en otros, como el italiano, que de forma general reclama un *interesse ad agire* en el artículo 100 de su *Codice di procedura civile*²⁸); de ahí los términos con los que este presupuesto es designado en otros ordenamientos (*Rechtsschutzbedürfnis* alemán, *bisogno di tutela giurisdizionale* italiano, es decir, en ambos casos, necesidad de la tutela judicial solicitada). En palabras de CARNELUTTI, puede decirse que hay interés en aquellos casos en que «sin el proceso la tutela que el ordenamiento jurídico ofrece al interés del actuante no sería plenamente eficaz»²⁹.

También por eso, de modo general, el tema del interés como condición de la acción se ha tratado tradicionalmente en relación con las acciones mero-declarativas³⁰: porque, como regla, no parece necesario que los Jueces dicten sentencias con ese contenido, salvo que realmente subyazca una controversia. Y por eso mismo no plantea problemas el interés cuando se trata de las clásicas acciones de condena, pues la petición misma, fundada en un incumplimiento o infracción, pone ya de relieve que la tutela judicial pedida es necesaria³¹... a no ser que ese interés desaparezca de forma sobrevenida durante la pendencia del proceso. Ésta es la idea sobre la que se asienta la regulación del artículo 22 LEC: si deja de haber interés legítimo en obtener la tutela pretendida (por satisfacción extraprocesal o por otra causa), el proceso podrá terminar de manera anticipada, si en ello convienen las partes o si así lo decreta el juez, a pesar de la discrepancia de alguna de ellas.

Desde un enfoque parcialmente distinto, pero igualmente válido, no resulta desacertada la idea, apuntada por SCHÖNKE³², que identifica el concepto de

²⁸ En realidad, la expresión *interesse ad agire* sólo aparece en la rúbrica del precepto, cuyo contenido es el siguiente: «*Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*».

²⁹ *Instituciones del proceso civil*, trad. al español de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1997, vol. I, pág. 516.

³⁰ *Vid.*, el inestimable trabajo de M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, 2007, espec. pp. 246-318. En esta clase de pretensiones de carácter merodeclarativas, como sostiene la autora para poner de manifiesto su diferencia con la llamada *jurisdicción voluntaria*, «sí está empeñada, sí está promovida una cuestión —una contienda— entre partes conocidas y determinadas, sí existe, en definitiva, una contraposición de intereses» (p. 703).

³¹ Como ha señalado ORTELLS, «este presupuesto está integrado para la acción de condena (generalmente) por hechos que suponen incumplimiento de la pretensión o la lesión de los derechos absolutos; pero, para la acción meramente declarativa, está integrado por hechos que generan una inseguridad jurídica perjudicial al titular del derecho» (*Introducción al Derecho Procesal*, cit., pág. 104).

³² SCHÖNKE, «Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein zivilprozessualer Grundbegriff», *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 150, 1949, págs. 216-234.

interés en accionar con el de la «causa» de las actuaciones efectuadas dentro del proceso. Desde esta perspectiva, se puede decir que existe interés cuando la causa que explica el ejercicio de la acción es legítima y merecedora de tutela: sea porque se encuentra en la existencia de la infracción de un derecho (acciones de condena); o bien en la necesidad de definir la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica (acciones mero-declarativas); o porque es precisa la intervención del tribunal para la creación, extinción o modificación de una relación o situación jurídica (acciones constitutivas); o, finalmente, en los casos en que la actuación del tribunal es precisa para lograr la adaptación de la realidad al contenido de un título ejecutivo (acción ejecutiva). Es así legítima la causa de la acción –y debe ser ésta atendida por los tribunales– cuando a través de ella se pretende la actualización de las funciones propias del proceso jurisdiccional.

Siendo así las cosas, habría que reconocer que cuando la causa buscada a través de la acción es ajena a la institución del proceso, nos hallamos ante un uso desviado de ésta, que debe ser rechazado por el tribunal. En otros términos, los supuestos en que normalmente se habla de «fraude procesal» no serían, en rigor, más que situaciones en que quien actúa carece de un interés legítimo –que es lo que sucede cuando, v.g., el arrendador demanda la resolución del contrato frente a su arrendatario como vía de poner término a un subarriendo–. Las previsiones contenidas en preceptos como el artículo 11.2 LOPJ o el artículo 247.2 LEC vendrían a ser, de este modo, la plasmación del poder que tienen los tribunales para controlar la concurrencia –*rectius*, la ausencia– del interés en el proceso en sí, considerado en su conjunto, o en alguna concreta actuación intentada o efectuada en el marco del proceso.

§. Junto al interés, es preciso que la tutela jurídica solicitada haya sido prevista como posible por el ordenamiento jurídico. A este requisito suele llamársele *accionabilidad* (*Klagbarkeit*) y no es sino la consecuencia de que la tutela concreta a la que el demandante puede tener derecho no es cualquiera que a él se le antoje, o le parezca justa, sino aquélla que esté prevista por el ordenamiento jurídico ante la infracción de su derecho subjetivo material. Por eso, la accionabilidad también puede definirse como la «posibilidad general de que se otorgue el *petitum*»³³, esto es, la conformidad con el ordenamiento de la tutela que se pretende; hay accionabilidad si la tutela solicitada en el proceso es algo que válidamente se deriva del derecho o situación análoga afirmados.

En principio, no es preciso que existan normas expresas que anuden acciones a los diversos derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento para que pueda apreciarse la concurrencia de accionabilidad: es cuestión que corresponde apreciar al tribunal en función del propio contenido del derecho subjetivo, del interés o de la situación de eficacia jurídica análoga. No obstante, en diversos sectores, es frecuente que el propio legislador delimite el ámbito de la accionabilidad a través de preceptos en los que enumera o formula listados de acciones ejercitables ante la infracción de los derechos o intereses que él mismo reconoce: así sucede, a modo de ejemplo, en materia de patentes, de marcas, de competencia desleal o de publicidad ilícita.

³³ DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pág. 47.

Y, en sentido inverso, también puede el legislador dejar claro en qué supuestos no habrá accionabilidad: en esta línea establece el artículo 42 CC –tan traído y llevado cuando se abordan estas cuestiones– que no prosperará la acción destinada a forzar la voluntad renuente de quien se comprometió a contraer matrimonio, y que la única tutela jurídica admisible en estos casos consiste en la indemnización de los perjuicios que la ruptura del compromiso conlleve.

2.3. EL DEBER DEL ESTADO DE PRESTAR LA TUTELA JUDICIAL Y EL ARTÍCULO 24.1 CE

§. Las teorías dualistas entre *derecho* y *acción* enseñan, como se acaba de ver, que cuando acudimos a los tribunales haciendo valer nuestros derechos e intereses jurídico-materiales lo hacemos ejercitando una prerrogativa distinta, de naturaleza pública, que tiene por destinatario a los tribunales como órganos estatales que monopolizan el ejercicio de la función jurisdiccional consistente – artículo 117.3 CE– en aplicar y realizar el derecho objetivo en el caso concreto, y que, por el peso de la tradición romana, llamamos *acción* (así, en singular) o *derecho de acción*.

§. En paralelo a este debate doctrinal se ha desarrollado otro, bien diverso, en el plano constitucional, en relación con la posición jurídica que debe reconocerse a los justiciables en tanto que ciudadanos que se relacionan con el Estado y a quienes debe garantizarse un standard de tratamiento adecuado a su dignidad. Se trata, en definitiva, de definir cuáles son los derechos fundamentales que deben reconocerse a los justiciables. Y es que si, en la dogmática clásica del Derecho Procesal, la relación entre Jurisdicción y justiciables –encauzada a través del proceso– recibe su encaje al hilo del estudio de la problemática de la acción, resulta innegable que hoy en día el análisis de esta materia no puede perder de vista a la Constitución y al sistema de garantías y derechos que en ella se reconocen a los ciudadanos en su relación con la Administración de Justicia: en definitiva, el de la Jurisdicción no es sino uno más de los ámbitos en que se produce la relación entre el Estado y sus ciudadanos, razón por la cual es obligado que los textos constitucionales aludan a ello y deban garantizar también un determinado *status* a los ciudadanos en este terreno.

A través de las previsiones constitucionales se acaba reconociendo un conjunto de derechos y facultades a los justiciables que excede –con creces– lo que serían derivaciones del derecho de acción, se entienda en el sentido en que se entienda. Es cierto que a través de la dogmática sobre la acción se da respuesta al problema fundamental o básico que plantea el ejercicio –*rectius*, el monopolio– de la función jurisdiccional por el Estado, como sustitutivo de la autotutela y garante del respeto a los derechos e intereses legítimos de cada cual. Pero no puede negarse que los derechos que, según la doctrina de la acción, deben reconocerse a los justiciables son insuficientes para explicar de forma cabal y plena la posición de aquéllos frente a la Jurisdicción. A la noción que trata de responder a este interrogante es a la que se suele denominar, con base en el primer inciso del artículo 24.1 CE, «derecho a la tutela judicial efectiva» –también reconocible en el artículo 6.1 CEDH y en el artículo 47 CDFUE–, y ello a partir de un tenor literal que proclama lo siguiente: «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

Ciertamente, en la terminología empleada por el precepto encontramos una primera confusión, pero se ha de dar por buena en virtud del peso que en la tradición jurídica ha tenido la célebre definición de CELSO en [D. 44.7.51](#) de la *actio in persona* como *ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi* y al que no escaparon los redactores de la Constitución, pese a que en el ámbito del Derecho privado es toda una paradoja que pretendiendo ejercitar el distinto «derecho público» que nos ofrece el ordenamiento jurídico, resulta que a su través terminamos ejercitando esos «derechos» y los «intereses legítimos»; es la consecuencia natural de concebirlo como un derecho relativizado por los sujetos entre los que discurre, el justiciable y el Estado, aunque no es, tampoco, un «derecho público», sino un poder jurídico instrumental³⁴ que la CE garantiza a toda persona por el solo hecho de existir la jurisdicción y su monopolio estatal.

El prof. DE LA OLIVA SANTOS fue el primero en dirigir la crítica de la impropiedad a la expresión empleada inadvertidamente por el constituyente en el artículo 24.1 CE y que, respecto de los derechos e intereses privados, implicaría la afirmación de la existencia de una *obligación* estatal que no existe ni puede existir sin destruirse el carácter privado de los derechos e intereses que se ventilan en el proceso civil.

La cuestión puede parecer terminológica, pero no lo es. El principio de autonomía de la voluntad condiciona, a través del principio dispositivo, que el inicio del proceso en el que se ventilan intereses privados obedezca a un acto de voluntad del que se presenta como titular del derecho o interés jurídico; sin él, el Estado no sólo no tiene la obligación de actuar, sino que le está impedido hacerlo. Sin ese acto de la voluntad, que se contiene en la demanda y que es la pretensión jurídico-procesal, el Estado no puede ni –sobre todo– debe cumplir con esa pretendida obligación, so pena de despojar a los derechos subjetivos privados de su condición de derechos y de su carácter privado.

Quiere decirse con ello que «derecho subjetivo público» existe en aquellas situaciones en las que el Estado tiene verdadero deber de actuar, de forma que, al no hacerlo, le asiste al particular el *derecho* de exigirlo (= exigir el cumplimiento de la obligación o deber estatal). Allí donde no exista esta obligación, el nombre que mejor conviene a la prerrogativa del particular no es el de «derecho público», sino el de *poder jurídico*, que se tiene frente al Estado, y que expresa la idea del sometimiento del Estado a dispensar *tout court* la tutela jurisdiccional.

§. No es nuestro propósito ahora tratar de definir qué se ha de entender por «tutela judicial efectiva», pues no es, a nuestro juicio, un término tras el que se esconda un único concepto. Estamos, antes que nada, ante una realidad que normativamente se presenta bajo la veste de un derecho fundamental de los ciudadanos, y ésta ha de ser, sin lugar a dudas, la pauta interpretativa básica de todo cuanto se refiere a este precepto. No es preciso profundizar demasiado en las categorías dogmáticas del Derecho Constitucional y de la Teoría General del Derecho para dejar sentado que los derechos fundamentales, en general, tal

³⁴ La distinción ya se encuentra en CARNELUTTI en su estudio sobre la obligación y los medios para hacer efectiva la responsabilidad (*Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padua, 1927, pp. 273-277), donde pone en evidencia que la confusión entre el derecho del acreedor –su *ius exigendi*– y el poder de darse o hacerse dar la justicia no es posible porque les separa «la línea lógica que distingue el medio del fin» (p. 273).

y como se enuncian en los textos constitucionales, son emanaciones concretas de la dignidad humana, cuya protección y fomento corresponde al Estado que pretenda ser legítimo.

Siendo esto así, a través de los derechos consagrados en el artículo 24 CE el Estado está asegurando a sus ciudadanos, en tanto que justiciables –es decir, en sus relaciones con la Jurisdicción– un *standard* de tratamiento mínimo, que les permita mantener su dignidad en este ámbito de la vida social. Leído lo anterior en negativo, significa que las infracciones al precepto constituyen ataques a la dignidad inherente a toda persona y que es misión del Estado asegurar que las relaciones de los ciudadanos con la Jurisdicción –como conjunto de órganos, pero también como función pública– se conciban de forma igualmente digna³⁵.

§. Por otra parte, tampoco consideramos que la explicación del contenido e implicaciones del derecho a la tutela judicial efectiva deba sustituir en general al debate en torno a la acción: de un lado, porque el constituyente no tuvo la intención de terciar en esa polémica al redactar el artículo 24.1 CE³⁶; y, de otro, porque las implicaciones de los derechos y facultades que se esconden tras la expresión «tutela judicial efectiva» exceden y desbordan en mucho el ámbito de aquello que tratan de explicar las teorías sobre la acción. Pero, sobre todo, porque a pesar de la proclamación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el concepto de acción, como explicación del paso del derecho subjetivo al proceso jurisdiccional, sigue siendo de primera utilidad intelectual.

Es cierto, en efecto, que en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva se agota cuando los órganos jurisdiccionales hayan dictado una resolución que resuelva la controversia (una sentencia sobre el fondo); y es igualmente cierto que, con ello, parecería estar dando carta de naturaleza a una concepción constitucional de la acción en sentido abstracto. La conclusión, sin embargo, no nos parece acertada: de un lado, por la propia dicción del artículo 24.1, que no reconoce pura y simplemente el derecho a la tutela judicial efectiva, sino a la tutela *de los derechos e intereses legítimos* (con lo que corrobora una preexistencia de éstos, y señala que es misión de la Jurisdicción protegerlos *en concreto*³⁷); de otro, porque el Tribunal también ha entendido que no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a que las sentencias sean jurídicamente correctas –sino sólo fundadas en Derecho– (recuérdese al respecto cómo la concepción abstracta de la acción también exige que la sentencia de fondo haga una aplicación correcta del Derecho objetivo: con lo cual, en rigor, tampoco estaría asumiéndose por el Tribunal Constitucional la concepción abstracta de la acción); y, finalmente, no puede olvidarse que las resoluciones del Tribunal Constitucional al respecto han recaído en recursos de amparo: si el Tribunal considerara que el derecho de acción, en sentido concreto, forma parte del

³⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24. Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Alzaga Villaamil), Tomo III, Madrid, 1996, págs. 19-123, pág. 24.

³⁶ Así lo demuestra DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., págs. 133 y sigs.; también DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24. Garantías procesales”, cit., pág. 25.

³⁷ DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., págs. 136-137.

contenido del artículo 24.1 CE, estaría de hecho convirtiendo al amparo en una nueva instancia, pues el dictado de una sentencia desestimatoria se consideraría lesivo de un derecho fundamental; y esto, claro es, desbordaría no sólo la capacidad de trabajo del Tribunal, sino el límite de las funciones para las que fue concebido³⁸.

Queremos dar a entender con esto que, en rigor, no puede extraerse de la jurisprudencia constitucional en este punto más que una única conclusión segura: que el denominado «derecho al proceso» tiene rango constitucional, de forma que la denegación del derecho a una sentencia de fondo, a pesar de la concurrencia de presupuestos procesales y de la ausencia de óbices de igual naturaleza, supone la lesión de un derecho fundamental y puede ser reparada por el Tribunal Constitucional en amparo –si es que no lo es antes en vía ordinaria–.

Ese «derecho al proceso» –si se prefiere, el «derecho a la actividad jurisdiccional»– está dado, como derecho fundamental, a todas las personas en razón de la situación jurídico-material que invocan consistente en presentarse como titulares de «derechos» o de «intereses legítimos». Ahora, estos derechos e intereses legítimos no son los que se ejercitan en el proceso, sino que en él tratan de recibir su satisfacción mediante una sentencia que estime las concretas pretensiones merodeclarativas, constitutivas o de condena de la demanda, que están basadas en ellos (en el proceso de declaración), pero también mediante toda la actividad jurisdiccional ejecutiva que pueda ser, en su caso, necesaria.

§. En definitiva, igual de relevante que el papel del Estado dispensando tutela judicial es la actividad de los sujetos reclamando la actividad jurisdiccional y la (previa) labor del legislador –sustantivo y procesal– determinando quiénes son los concretos sujetos legitimados para impetrarla. Es aquí donde cobra todo su sentido el debate acerca de la sustitución procesal.

3. «Parte procesal legítima» y «legitimación» en el proceso civil

§. El «hábitat natural» de la sustitución procesal como pretendida institución se encuentra, pues, en la determinación de los sujetos legitimados o facultados para el ejercicio del derecho de acción (desde un punto de vista dogmático) o del derecho a la tutela judicial efectiva (desde un punto de vista constitucional). Podría pensarse que en este sector el ordenamiento no tendría por qué sentirse llamado a intervenir de forma explícita: sentadas ciertas condiciones formales bajo la veste de presupuestos procesales (capacidad para ser parte y capacidad procesal, postulación), debería ser emanación directa de las normas sustantivas la determinación de quién es titular de derechos e intereses legítimos y, por ende, se halla facultado para impetrar su tutela judicial. No son las cosas del todo así, y no sólo porque pueda ser necesario dar cabida a situaciones que escaparían a esta formulación «natural» de la legitimación –como vendría a ser la sustitución procesal–, sino porque, en general, el legislador considera conveniente hacer cierta propedéutica en los códigos procesales y quiere ofrecer a los destinatarios de las normas criterios, pautas o guías a la hora de

³⁸ DE LA OLIVA, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 420.

verificar los términos en que debe entenderse producida esa «traslación natural» entre titularidad de un derecho o interés material y legitimación para el ejercicio de una «acción judicial». Ocurre, sin embargo, que los loables propósitos del legislador no siempre se logran y que, en ocasiones, son fuente de confusión o malas interpretaciones que redundan, a la postre, en dificultades prácticas para la tutela de los derechos de los justiciables. Algo así ha sucedido, en parte, con las nociones de «parte procesal legítima» y de «legitimación», no sólo en nuestro ordenamiento, sino también en muchos de nuestro entorno. El resultado es un contexto doctrinal y jurisprudencial muy poco estable y bastante volátil –si se admite el símil con las nociones químicas–, que es justamente aquél en que debería desarrollarse la construcción dogmática de la sustitución procesal.

3.1. EL ARTÍCULO 10 LEC Y LA CONSIDERACIÓN DE «PARTE PROCESAL LEGÍTIMA»

§. El precepto en el que primordialmente habría que buscar encaje a la sustitución procesal en nuestro ordenamiento es, sin duda, el artículo 10 LEC, dedicado a contemplar la «condición de parte procesal legítima», en los siguientes términos:

«Artículo 10. *Condición de parte procesal legítima*

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular».

Este precepto plantea dos cuestiones de indudable importancia en el proceso civil que el artículo 10 LEC –advuértase ya– no ha querido separar: el de la llamada «parte procesal» y el de la «legitimación». A ambas se refiere el sintagma «parte procesal legítima» que se contiene en la rúbrica; y a ellas también apuntan el calificativo de «legítimas» aplicado a las partes –que «comparecen y actúan en juicio», apostilla el párrafo primero– y el sustantivo «legitimación» que expresamente figura en el párrafo segundo. Estos términos –o sus equivalentes «justa parte»– han sido empleados innumerables veces por la doctrina procesalista en el estudio de las partes y de la legitimación en el proceso civil³⁹, de la que en el último siglo se ha discutido, sobre todo, *en qué consista*.

³⁹ Así., por ejemplo, SATTA, “Il concetto di parte”, en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padua, 1958, pp. 691-692, y en *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., t. I, pp. 249-250; LORETO, “Contribución al estudio de la excepción de la inadmisibilidad por falta de cualidad”, en *Ensayos jurídicos*, Caracas, 1970, pp. 19 [disponible v.e. en <http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-03.pdf>]; TOMMASEO, “Parti (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia Treccani*, t. XXII, 1981, p. 2; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I (Nozione introduttive e disposizioni generali), 13ª ed., Turín, 2000, p. 283; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, 6ª ed., Turín, 1964, o MURRA, “Parti e difensori”, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile*, XIII, 1995, p. 264. En la doctrina española han entendido los términos «justa parte» como expresión de legitimación, entre otros, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ; GÓMEZ ORBANEJA,

§. Para una primera aproximación al artículo 10 LEC sirven las palabras de PRIETO-CASTRO sobre el artículo 6 del proyecto elaborado por los profesores españoles de Derecho procesal en 1972 bajo su coordinación⁴⁰, por ser el precursor de nuestro actual artículo 10 LEC⁴¹. Según el destacado procesalista, la finalidad del proyecto en este punto era tratar de forma diferenciada la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la legitimación, y la representación, «terminando con ciertos problemas que tenían un carácter más bizantino que otra cosa»⁴².

Estos problemas tenían que ver –como es sabido– con la falta de regulación positiva de la legitimación de las partes en la LEC de 1881 y con la labor de la doctrina y de la jurisprudencia para construirla a partir de arcaísmos y de referencias confusas de la LEC de 1881 (que justifican, con todo rigor, el

Derecho procesal civil, I (Parte general. El proceso declarativo ordinario), 8ª ed., Madrid, 1976, p. 139; MUÑOZ ROJAS, “Parte y justa parte en el proceso civil”, *loc. cit.*, pp. 48-75; CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 2, pp. 310 y 313, y, más recientemente, en “Artículo 10. Condición de parte procesal legítima”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Armenta Deu, Cordon Moreno, Muerza Esparza y Tapia Fernández, t. I, 2ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 175; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, 5ª ed., Barcelona, 1992, p. 254; LOZANO-HIGUERO PINTO, “Artículo 10”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dir. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, pp. 144-145.

⁴⁰ Con un tenor parecido al actual artículo 10 LEC, el artículo 6 del proyecto profesoral (publicado en la obra colectiva PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, Madrid, 1972, t. I, p. 180), disponía, bajo la rúbrica de «Legitimación», que: «I. Serán consideradas partes legítimas en juicio, a todos los efectos, quienes comparezcan y actúen en calidad de titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. II. Se exceptúan los casos en que por Ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular. III. Asimismo, cualquier comunero será parte legítima para ejercitar los derechos que correspondan a la comunidad y en beneficio de la misma».

⁴¹ Lo señalan también como tal MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, *cit.*, pp. 181 y 530; CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, *cit.*, p. 53; y LOZANO-HIGUERO PINTO, “Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos”, en *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, pp. 172-173 y 177.

De este ese artículo 6 del proyecto profesoral –de sus dos primeros párrafos– tomó su inspiración el artículo 5 del borrador de anteproyecto de LEC (publicado en *Tribunales de Justicia*, número especial, mayo 1997), luego convertido en el artículo 9 del anteproyecto mismo (*Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año LI, diciembre de 1997). Cuando en noviembre de 1998 se inicia la tramitación parlamentaria del proyecto de LEC su artículo 9 presenta ya la redacción casi definitiva del actual artículo 10 LEC, pues los mayores cambios se produjeron precisamente en el paso del anteproyecto –que gozó de una difusión extraordinaria en el mundo forense y académico– al proyecto de LEC (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998), en el que se incluye, en un apartado diferenciado, la novedad de prever por primera vez en la ley procesal común la legitimación de las asociaciones y usuarios, que luego pasaría a ser objeto específico del actual artículo 11 LEC.

⁴² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, “Discurso a una promoción de licenciados”, en *Temas de Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979, p. 9.

En la exposición que precedía al proyecto profesoral de 1972 se significa que el mencionado artículo 6 supondría «un precepto nuevo acerca de la legitimación (con empleo de este concepto), usando la inspiración que proporcionan diversas disposiciones de la LEC vigente, de otras leyes y normas del ordenamiento jurídico español y de la doctrina jurisprudencial y científica, que han otorgado carta de naturaleza a dicho instituto» (PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, *cit.*, p. 39).

calificativo de “bizantino” de la cuestión): por un lado, de la relativa a la carga de aportar con la demanda los «documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habersele otro transmitido por herencia o por cualquier otro título» (artículo 503.2ª LEC de 1881); y, por otro lado, de las relativas a las excepciones dilatorias de «falta de personalidad» de los aptdos. 2 y 4 del artículo 533 LEC de 1881, que permitían al demandado oponer «la falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama» y la falta de su propia personalidad –la del demandado– «por no tener el carácter o representación con que se le demanda». La confusión de estos preceptos consistente en dar a la acreditación de la condición de sucesor *inter vivos* o *mortis causa* el mismo tratamiento que el que se dispensaba a ciertas cuestiones relativas a la capacidad y a la representación legal o necesaria de la parte condujo a perpetuar la vieja distinción entre la *legitimatío ad processum* y la llamada *legitimatío ad causam*⁴³, e indujo a la doctrina y a la jurisprudencia a querer ver en el término «carácter» de los artículos 503.2 y 533.2º y 4º LEC de 1881 –alusivos a la representación legal o necesaria– un trasunto del moderno concepto de «legitimación»⁴⁴, pese a que –como ha señalado MONTERO AROCA– la LEC de 1881 estaba muy lejos de intuir esta noción⁴⁵.

La única referencia expresa al término «legitimación» en la legislación procesal anterior a la LEC se encontraba en el aptdo. 2 del artículo 30 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulador del antiguo *juicio de cognición*. Este artículo 30.2 imponía al demandante la carga de acompañar a la demanda «el documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando éste actúe por representación, o aquella provenga de cualquier título derivativo». Pero, como también ha señalado con acierto MONTERO AROCA, con esta referencia el legislador se limitó a consagrar un error grave de concepto⁴⁶.

⁴³ Sobre esta distinción, *vid. supra* Capítulo II, aptdo. 3 y, para su explicación en relación con los artículos 503.2 y 533.2ª y 4ª LEC de 1881, por todos, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pp. 22-31, y *De la legitimación en el proceso civil*, *cit.*, pp. 31-38.

⁴⁴ Tal es la postura, por ejemplo, de PRIETO-CASTRO, en *Cuestiones de Derecho procesal*, Madrid, 1947, p. 41, también en *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1968, p. 316, y, por último, en *Tratado...*, *cit.*, p. 319; o de GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Madrid, 1943, pp. 182 y 30. Relaciona –aunque menos comprometidamente– la legitimación con el «carácter» de los artículos 503.2 y 533.2ª y 4ª LEC de 1881 GÓMEZ ORBANEJA, en *Derecho procesal*, I, *cit.*, 1976, pp. 149-150.

⁴⁵ *Vid.*, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, pp. 15, 22-26 y 30-31; y, más extensamente, en *De la legitimación en el proceso civil*, *cit.*, pp. 26-42 y 45-46.

⁴⁶ Ya antes de la LEC de 2000 había censurado la introducción del término «legitimación» en el Decreto regulador del juicio de cognición GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho procesal civil...*, I, *cit.*, p. 137) y, en el mismo sentido, MONTERO AROCA ha señalado muy certeramente el *doble error* en que incurrió el legislador de 1952 al introducirlo: el primero, consistente en trasladar casi literalmente a la regulación del proceso de cognición la defectuosa redacción del art. 503.2ª LEC de 1881; y el segundo, consistente en sustituir la palabra «carácter», a la que se refería el artículo 503.2ª LEC de 1881, por el término «legitimación», con el indeseable resultado de persistir en la equivocación de asimilar «legitimación» y «carácter», refiriendo así la legitimación a la representación legal y necesaria y a la sucesión en el derecho

Con la anterior legislación procesal, por tanto, había que justificar por qué el demandante –siguiendo una tradición secular– tenía la carga de aportar un principio de prueba sobre el carácter de sucesor del titular originario, al igual que el representante legal u orgánico o necesario. Para ello se adujo que en esos casos cabía separar la cuestión de la atribución subjetiva del derecho material (la condición de sucesor) de la prueba de éste, aunque la doctrina y la jurisprudencia acabó advirtiendo que aquella exigencia era cuestión atinente al fondo y la falta de acreditación del «carácter» de sucesor pasó a tener aparejada la misma preclusión que la que se anuda a la falta de aportación de los documentos de fondo. Con la LEC de 2000 los supuestos de legitimación derivada basada en una sucesión anterior al proceso mediante actos *inter vivos* o *mortis causa* ha pasado a recibir ya *de lege lata* el mismo tratamiento que los documentos relativos al fondo (artículo 265.1.1º LEC), cuyo examen se realiza en la sentencia definitiva⁴⁷; pero todavía persiste el problema –con toda propiedad– «bizantino» consistente en la petición de principio en que ha llegado a situarse la legitimación cuando se la relaciona con el derecho de acción y éste, a su vez, se entiende –según la cébre definición monista de CELSO, perteneciente al Derecho justiniano o *bizantino*– como el *ius quod ius sibi debeat indicio persequendi* (D. 44.7.51).

§. El artículo 10 LEC no incurre en la confusión conceptual del código derogado entre legitimación y representación, pero sí renueva dos cuestiones que siempre han gravitado alrededor de la legitimación: 1ª) la de precisar o aprehender en qué consista ésta; y 2ª) la del tratamiento que deba merecer su alegada ausencia en el proceso civil.

El artículo 10 LEC rememora los esfuerzos doctrinales del último siglo sobre el contenido y sobre el lugar que ocupa la legitimación en el proceso civil y, como una reminiscencia de esos esfuerzos, no establece que la legitimación *consista* en comparecer y actuar *como* titulares de la relación jurídica litigiosa u objeto litigioso (o no, si la ley lo permite excepcionalmente). Tampoco establece que radique en *serlo*. A esta contradicción se le puede tratar de dar sentido desde dos puntos de vista diferenciados y, sobre todo, *complementarios entre sí*: el de la secular polémica sobre el «derecho de acción» y el de la legitimación en el proceso civil.

3.2. LA LEGITIMACIÓN EN EL MARCO DE LAS TEORÍAS SOBRE EL «DERECHO DE ACCIÓN» EN EL PROCESO CIVIL

§. Si se realiza una lectura del artículo 10 LEC desde el prisma del llamado «derecho de acción» –tal y como se ha sintetizado su contenido en el apartado anterior– se advertirá que la LEC emplea sutiles matices que intentan conciliar su tenor tanto con la postura que ve en la legitimación uno de los elementos de la acción entendida ésta en sentido concreto (esto es, como el derecho subjetivo público a obtener –favorablemente– una concreta tutela jurisdiccional), como con aquella otra que la concibe como un presupuesto del derecho a una

(MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 24-26 y 31, y *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 41-42.

⁴⁷ Vid., entre otros, los [AAP Madrid, Secc. 18ª, de 10 de noviembre de 2011, rec. 603/2011](#) y [AAP León, Secc. 2ª, 25 de mayo de 2011, rec. 146/2011](#), y la [SAP La Coruña, Secc. 3ª, de 11 de enero de 2013, rec. 284/2012](#).

resolución sobre el fondo y la hace consistir en *presentarse como* titulares activos o pasivos de la relación jurídica material (o no, si la ley lo permite). El artículo 10 LEC admite –de entrada– esta doble lectura que puede calificarse de *abstracta* o de *concreta*, en función del respectivo carácter abstracto o concreto que se atribuya al derecho de acción, aunque por fuerza –y así se asume como premisa en este trabajo, desde la concepción concreta de la acción– hay que reconocer: 1º) que, aunque una ley procesal probablemente no es vehículo ni adecuado ni suficiente para plasmar legalmente una concepción concreta sobre la acción ni, en consecuencia, sobre la legitimación, sí que está implícita en ella la idea de que quien acude al proceso es porque cree estar asistido de la acción e investido de legitimación; 2º) que el inicio y el desarrollo del proceso civil no dependen de la existencia de acción en sentido concreto, ni de la legitimación, sino *en cuanto afirmada* o, si se prefiere, *in statu manifestationis*; y 3º) que el tratamiento que se dispense en el proceso a un determinado requisito –*rectius*, a su alegada ausencia– no está constreñido por su naturaleza jurídica, sino que puede obedecer a una ponderación del legislador sobre el adecuado equilibrio de los intereses en juego con la naturaleza de la figura en cuestión.

§. Las anteriores palabras y la adscripción a la concepción concreta sobre el derecho de acción no constituyen una contradicción, porque las respectivas teorías sobre la acción no son incompatibles; simplemente operan en planos de abstracción distintos en los que encuentran su respectivo sitio. Cada una de ellas, como enseñan sus propios valedores principales, pretende resolver o dar respuesta a cuestiones distintas y desde perspectivas también diferentes.

Según se ha apuntado ya antes, la teoría concreta –que constituye un paradigma de las teorías dualistas de la acción como un derecho diferenciado del derecho material que se hace valer en el proceso– responde a la preocupación de explicar en el Derecho privado el tránsito del derecho sustantivo al proceso desde la *visión del particular* y con una *perspectiva estática* del Derecho; es decir, como un derecho predisposto en favor del particular frente a un Estado que política y jurídicamente le reconoce derechos y libertades individuales, a que se le dispense (en sentido favorable) la tutela de sus derechos, tanto mediante el proceso de declaración como a través del de ejecución⁴⁸.

⁴⁸ Esta idea está muy presente –lo reiteran varias veces– en las precisiones de MONTERO AROCA y de ORTELLS RAMOS en la comunicación conjunta “La acción (Un intento de aclaración conceptual)”, publicada en MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996, pp. 117-144 (y que este último autor reproduce también en *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000): «La teoría concreta no pretende explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refiere al derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y obtener una sentencia (...) no quiere explicar la iniciación del proceso y su desarrollo hasta la sentencia, sino que su objetivo es explicar la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, la cual depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesal y una configuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado» (*ibídem*, pp. 126-127); «al mismo tiempo, sirve para demostrar que las normas procesales no se refieren sólo a aspectos formales, sino que inciden también en los presupuestos y modalidades de la tutela jurisdiccional de las diversas situaciones jurídicas» (*ibídem*, p. 129).

Por su parte, la teoría abstracta de la acción trata de esclarecer una cuestión diversa y desde una perspectiva también distinta: no la de explicar por qué se dispensa la tutela *a favor* de un determinado sujeto, sino la de que el proceso declarativo se inicie *a su instancia y se desarrolle hasta el final* con una resolución de fondo con independencia de su signo -estimatorio o no-, tomando como punto de referencia la actividad jurisdiccional que el tribunal, como sujeto obligado, está obligado a desplegar⁴⁹.

Este derecho abstracto de acción se encuentra situado en un distinto plano que en el que se coloca aquel otro de carácter concreto y surge de la contemplación del proceso civil no como un producto acabado y lógico dentro de un sistema jurídico-privado (que es el prisma desde el que se formula, en un sentido estático, el derecho de acción en sentido concreto); el derecho de acción en sentido abstracto también supone la predisposición a favor del justiciable de un derecho subjetivo, pero se formula abstrayendo la existencia del derecho subjetivo privado o interés material -que resultará conocido sólo al término del proceso- y fijándose en lo que de común tiene todo proceso que finaliza mediante sentencia de fondo, con independencia de su signo o resultado.

§. Desde una y otra perspectiva, ambas teorías coinciden en que la acción es un derecho público subjetivo, es decir, predispuesto a favor de un sujeto, y en ambas también la legitimación presenta el valor de constituir una noción distinta de, por un lado, las cuestiones de capacidad de la parte como cualidades genéricas que han de concurrir en todo proceso y, de otro lado, de la cuestión de la titularidad -y de su prueba- del derecho subjetivo material privado a que se refiera el proceso civil⁵⁰. Pero, lo mismo que sucede con la

⁴⁹ Sobre el derecho de acción en sentido abstracto, *vid.*, por todos, LIEBMAN, “L’azione nella teoria del processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950, pp. 47-71, en el que el autor sitúa las teorías acerca de la acción como partes del mismo fenómeno pero observado desde ángulos diversos: los del actor y el demandado, la una, y el del juez, la otra; lo que ulteriormente repercute sobre la definición de la función jurisdiccional y su aliento por «*due anime diverse: l’una in cui si prolunga lo spirito del diritto privato, che viene a cercare nel processo la protezione per i diritti soggettivi che formano la sua viva sostanza; l’altra in cui si esprime l’esigenza di una funzione pubblica, con cui lo Stato assolve uno dei suoi compiti primari, quello di assicurare l’effectivo vigore dell’ordine giuridico*» (LIEBMAN, “L’azione nella teoria del processo civile”, *loc. cit.*, p. 48). También MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS [“La acción (Un intento de aclaración conceptual)”, *loc. cit.*, p. 123] relacionan, como se hace en el texto, la teoría abstracta sobre el derecho de acción con la cuestión general -no sólo aplicable al proceso civil- de «por qué un particular puede dirigirse al Estado y exigir la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional».

⁵⁰ Adviértase que tomamos como paradigma de las teorías abstractas sobre la acción la que la define -en la línea de los autores citados- como derecho a una resolución *de fondo*, que constituye -si se prefiere- una teoría *semiabstracta* sobre la acción. No se considera, por tanto, el que pudiera llamarse derecho *abstractísimo* de acción, equivalente al *derecho de acceso a la jurisdicción*, porque en el marco de este derecho no existe lugar ni para la legitimación ni para condiciones o presupuestos subjetivo-objetivos -da lo mismo si procesales o materiales- de la «acción», en la medida en que este derecho de acción (= acceso) se satisface con cualquier tipo de resolución judicial, incluso de inadmisibilidad, aunque provenga, *v. gr.*, de una falta de jurisdicción del tribunal, de una falta de capacidad de las “partes”... o de una falta de legitimación, con tal de que se haya presentado formalmente una petición de tutela en forma de demanda. Hablar de legitimación en relación con este derecho, aunque se la denomine «legitimación *di fatto*» (así, CARNELUTTI, *Teoria generale del*

función y contenido de las teorías sobre la acción, la legitimación presenta también en cada una de ellas *funciones diversas* que dependen, asimismo, de los distintos ángulos desde los que se la contempla, por lo que es mejor examinarlas separadamente.

3.2.1. El «derecho de acción» y la subjetivización de la tutela concreta: la legitimación como condición de la acción

§. En el marco de la teoría concreta sobre el derecho de acción, la legitimación no es ni puede ser entendida en términos de *titularidad* de la acción con este contenido *concreto*, aunque sirve funcionalmente a este derecho.

El derecho de acción con el contenido concreto que estamos considerando (= sentencia favorable) se enmarca en el *proceso civil*, a través del cual se tutelan –a instancia de parte– derechos e intereses legítimos jurídico–privados –primordialmente– que derivan de *concretas* relaciones y situaciones jurídicas que acceden al proceso *subjetivizados*, no en una esencia pura y objetiva, sino en la medida en que –como manda el principio dispositivo– el actor los alega y los funda en las normas jurídicas que le permiten obtener lo que pide y frente a quien lo pide, es decir, en la forma y medida en que formula una pretensión determinada⁵¹. Esta afirmación cabe matizarla en aquellos supuestos –también pertenecientes al Derecho privado– en los que predomina un interés público, como sucede en los procesos civiles regidos por el principio de oficialidad o en aquellos otros en los que la pretensión trasciende la tutela de intereses exclusivamente particulares; pero aquí también el ordenamiento *subjetiviza* quién o quiénes pueden recabar ciertas tutelas *concretas*.

Como ha observado ORTELLS RAMOS, «la legitimación representa todos estos modos en los que el Derecho determina quién puede obtener una tutela de contenido determinado y qué tutela puede obtener»⁵²; y, desde esta perspectiva, la legitimación puede ser entendida como la cualificación jurídica abstracta de un sujeto para que a su favor o en su contra se dispense una tutela concreta (v. gr., la condición de «acreedor» y de «deudor», para obtener una sentencia de

diritto, 2ª ed., Roma, p. 176, y Ugo ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Turín, 1957, p. 332) y se confiera *uti civis*, es una ilusión: «la stessa legittimazione ad agire (...) cessa di avere ogni peso e rilevanza (...) è un modo per escludere l'esigenza di una particolare relazione tra soggetto ed oggetto dell'azione» [TOMEI, “Legittimazione ad agire (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, t. XXIV, Milán, 1974, p. 67]; sólo sería emanación «della capacità giuridica generale (...) Ciò equivarrebbe in sostanza a trasformare tutte le azioni in azioni popolari» (LIEBMAN, “L'azione nella teoría del processo civile”, *op. cit.*, pp. 62 y 66).

⁵¹ La propia Exposición de motivos de la LEC –motivo VI– alude al principio dispositivo como «inspiración fundamental del proceso –excepto en los casos en que predomina un interés público–» y deduce de él que «como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso (...) De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria la tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos (...) Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela (...)».

⁵² ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., 2002, p. 159.

condena; la de «propietario» y «poseedor material», para obtener una sentencia de condena a la entrega del bien; o la de «cónyuge» o asimilado, «descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz», para –artículo 757 LEC– instar la declaración de incapacitación o de prodigalidad de este último).

§. Desde este punto de vista, en el ámbito del Derecho privado la formulación teórica sobre la acción que mejor retrata esa subjetivización abstracta es –a mi modo de ver– la que le dota de un contenido concreto, porque el proceso civil no está concebido para ser sólo instrumento por el que los tribunales puedan aplicar el Derecho objetivo material, sino que está fundamentalmente preordenado a satisfacer un derecho o un interés material equivalente que el litigante afirma haber sido lesionado o perturbado, es decir, que se encuentran subjetivizados en personas. Pero esta idea no es incompatible con considerar que la *iniciativa* y el *desarrollo regular* del proceso civil hasta la resolución de fondo dependen de otros requisitos fácticos y jurídicos diversos de los que condicionan el derecho de acción en sentido concreto, por la sencilla razón –en feliz expresión de GÓMEZ ORBANEJA– de que «lo que condiciona la acción (...) no puede a la vez condicionar el proceso en que se conoce de ella»⁵³. Lo que cambia en una y otra perspectiva es, como se ha dicho, la visión estática o dinámica desde la que se contemple la situación de los sujetos protagonistas del proceso (el juez y las partes).

Desde la consideración estática, la concepción concreta del derecho de acción presenta un doble fundamento iusfilosófico y técnico acerca de los derechos básicos que, en materia de derechos e intereses *predominantemente privados*, tiene el particular frente al Estado, desde la consideración de que no se agotan –aunque no estén protegidos por el artículo 24 CE– en el derecho a obtener de los tribunales una resolución sobre el fondo y de que –además– el derecho de acción en sentido concreto explica el tránsito del derecho material privado al proceso. Las razones *in extenso* de esta postura, expuestas y defendidas desde hace años por DE LA OLIVA SANTOS⁵⁴ como máximo exponente, han sido sintetizadas en el apartado anterior y no tiene sentido volver ahora sobre ellas. En el marco de un ordenamiento jurídico privado de tradición romanista como el nuestro, prefiero –con DE LA OLIVA SANTOS– defender que los particulares tienen, bajo determinadas condiciones, un derecho subjetivo

⁵³ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 137.

⁵⁴ Vid. OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, cit. 2012, pp. 125-141, y, más ampliamente, en su *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia*, Barcelona, 1980.

Por su parte, el derecho de acción en sentido abstracto tiene hoy su máximo defensor en España en MONTERO AROCA, conocido por sus valiosas contribuciones en materia, en particular, de legitimación en el proceso civil. También para una profundización ulterior en el derecho que nos ocupa hay que remitir a MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional I*; MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, “La acción (un intento de aclaración conceptual)”, *loc. cit.*, pp. 117-144; MONTERO AROCA, “Sobre la legitimación en el proceso civil”, *cit.*, pp. 152-152 y 489, *La legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, pp. 37-39, y *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, *cit.*, pp. 30-31.

público de contenido concreto –«la acción civil»–, distinto del «derecho al proceso» –que no se niega, al contrario–, entendido éste otro como derecho a que, concurriendo determinados presupuestos que se han de verificar en cada concreto caso y que –en buena medida– depende de que la voluntad del litigante de cumplir con las exigencias legales que los prevén, el tribunal dicte una resolución sobre el fondo.

El derecho al proceso (=resolución de fondo o «acción en sentido abstracto») también existe y, más aún, goza de la cobertura de derecho fundamental en el artículo 24.1 CE, del que se es titular con tal de que concurran unos mínimos presupuestos o requisitos condicionantes de naturaleza normalmente procesal. Pero, más allá de este derecho procesal, entiendo que en el marco de la acción en sentido concreto la legitimación muestra su esencia de *subjetivizar* quién puede pedir y *obtener* una cierta tutela respecto de una determinada situación jurídica: no cualquier sujeto, sino el o los que precisamente se encuentran en una determinada posición cualificada jurídicamente que no consiste en declaraciones o manifestaciones jurídicas de los propios sujetos, pero tampoco en la titularidad de un derecho material⁵⁵.

§. En este derecho de acción en sentido concreto la legitimación es una de las (varias) condiciones materiales de cuya concurrencia depende la existencia de aquél. No se trata de un *presupuesto* de la acción en sentido concreto, sino de un *elemento* de este derecho a una resolución favorable a la pretensión, lo que

⁵⁵ Avanzar un poco más en las teorías sobre la acción puede conducir al «diálogo de sordos» al que críticamente se ha referido MONTERO AROCA en diversas ocasiones para poner en valor el carácter complementario y no antagónico entre el derecho a una resolución de fondo que postulan los valedores de la teoría abstracta sobre la acción (y que –insisto– no se niega como tal derecho, puesto que es instrumentalmente necesario para aquel otro de carácter concreto) y el derecho a una resolución favorable que sostienen los defensores de la teoría concreta [vid. MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS, “La acción (un intento de aclaración conceptual)”, *loc. cit.*, p. 123].

Así, pudiera pensarse que cuando, desde una perspectiva abstracta del derecho de acción – como equivalente del derecho al proceso –, se hace consistir la legitimación en la *afirmación* de la titularidad de las posiciones legitimantes respecto de una pretensión concreta (por ejemplo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999, II, p. 228, nota 42; o MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *cit.*, pp. 152-153 y 489) en el fondo se está empleando un *circunloquio* que –por exigencias de coherencia lógica con el propio postulado abstracto de ese derecho de acción– evita la aceptación del paso ulterior que consistiría en admitir la existencia de un contenido concreto en el derecho de acción. Aun desde la teoría concreta del derecho de acción no hay obstáculos para situar esa “legitimación” –la *afirmada* o, mejor, la *manifestada*– entre las condiciones de ese derecho de acción abstracto o de ese derecho al proceso; esta lectura de la legitimación *in statu manifestationis* no sólo cabe –como se decía más arriba– en el texto del aptdo. 1 del artículo 10 LEC, sino que termina por dar sentido a la ulterior existencia de un derecho de contenido concreto. Y, a la inversa, también podría pensarse que, desde la consideración concreta del derecho de acción, es otro circunloquio el relacionar la legitimación con la acción *en cuanto afirmada*. Mas éste –el derecho afirmado de acción– no es la acción –así, en singular– en sentido concreto, ni en él la legitimación son meras *manifestaciones* o *assertationes*.

Sobre la interrelación entre legitimación las teorías abstracta y concreta sobre la acción, vid. G. MONTELEONE (Profili sostanziale e processuali dell’azione surrogatoria, *cit.*, pp. 210 y ss.).

significa –según un elemental criterio lógico–jurídico– que esa legitimación llamada a expresar la abstracta subjetivización activa y pasiva de la tutela *no se confunde* con la *titularidad* de esta acción: el derecho de acción existe a causa de la concurrencia de aquellas condiciones y, por exigencias lógicas, no puede confundirse con una sola de ellas, pese a que la práctica forense –incurriendo en la falacia consiste en tomar una causa por los efectos– se refiera con frecuencia a la legitimación como sinónimo de la titularidad de la acción entendida en sentido concreto.

§. Ahora bien, así como la noción misma de acción en sentido concreto pertenece al *momento estático* del Derecho, también la legitimación entendida como esa cualificación jurídica abstracta del sujeto para que a su favor o en su contra se dispense una tutela concreta se corresponde también con esa consideración estática. Si todo el problema que se suscita con la legitimación fuera éste, es claro que la legitimación en el proceso civil sólo tendría una única y exclusiva virtualidad: el de vedar que se *dispense* una concreta tutela judicial civil, no el de impedir que un sujeto sea parte en un determinado proceso. Éste es, también, uno de los problemas que se propone atajar la legitimación *procesal* en el proceso civil, cuya solución más satisfactoria hay que situar en el momento dinámico –y no en el estático– del Derecho; dicho en otras palabras, en el «derecho al proceso»⁵⁶.

3.2.2. Imposición de la legitimación en el «derecho al proceso»: la iniciativa y el desarrollo del proceso declarativo civil

§. La acción en sentido concreto no resta un ápice de valor a la concepción abstracta de la acción, que presenta una trascendencia innegable como «derecho al proceso» y en cuyo contexto la legitimación civil requiere que se la relacione con las llamadas «posiciones legitimantes» y los criterios que las fundamentan en los concretos tipos o clases de pretensiones que cabe deducir en el proceso civil de declaración. Ya se la conciba así o ya se la considere como una condición de la acción en sentido concreto, se está diciendo lo mismo: la legitimación expresa una relación lógica, una abstracta coincidencia, entre la posición jurídico-material que ocupan los litigantes, las partes, y los sujetos que el ordenamiento jurídico-procesal toma en consideración para que se resuelva o, mejor, *se juzgue* la tutela jurídica concreta planteada entre los litigantes.

Desde la consideración dinámica del inicio y el desarrollo del proceso civil, la legitimación cobra otro significado que resalta el valor negativo que antes se apuntaba: en palabras de DE LA OLIVA SANTOS, el de «evitar que, *sujetos ajenos al objeto del proceso*, puedan intentar acciones temerarias en caso de los

⁵⁶ Por lo demás, como ha afirmado DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «qué derecho público subjetivo merece el nombre de *acción* es cuestión nominalista. La única cuestión sustancial es si la estimación de una pretensión relativa a un derecho o interés privado se concibe en términos de cumplimiento de una función estatal o si se concibe también en términos de satisfacción de un interés público subjetivo del justiciable» (I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Un recorrido por algunas cuestiones básicas del Derecho procesal como disciplina jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 12-13, 1994-1995, p. 286 [v.e. disponible en www.dialnet.unirioja.es]).

actores, y que sujetos se vean perjudicados, no como actores, sino como demandados, obligándolos a todos los dispendios y contrariedades de un proceso. Para evitar esta eventualidad el derecho positivo exige que tal sujeto se halle legitimado»⁵⁷. De esta forma, la legitimación –ahora sí *procesal*– «se introduce en el proceso como “control de calidad”, impidiendo a un sujeto la incoación de causas meramente formales (sin trascendencia alguna en el ámbito de los derechos sustantivos) por falta de una relación jurídica entre las partes y el objeto del proceso»⁵⁸. Y, por esto mismo, DE LA OLIVA SANTOS en su estudio sobre el derecho de acción ya advirtió que a «la legitimación no se la debe confundir con el derecho de acción».

§. Como se ha dicho, en el ámbito del Derecho privado el legislador no dispensa la tutela jurídica en una determinada relación o situación jurídica sino cuando un determinado sujeto lo pide. La exigencia de la iniciativa de este sujeto se condensa en el *principio dispositivo*, rector de los procesos en los que se ventilan predominantemente intereses privados, aunque también en aquellos otros procesos civiles inspirados por el principio de oficialidad la iniciativa del proceso corresponde, por exigencias de la *imparcialidad* del tribunal, a un sujeto distinto del propio tribunal. Esta iniciativa obedece, en cualquier caso, no a que un sujeto esté provisto del derecho de acción en sentido concreto; basta con que sólo lo afirme: al fin y al cabo, en todo proceso los hechos no acceden a él sino mediante sus afirmaciones.

En consecuencia, la defensa de la acción como derecho concreto no resulta incompatible con reconocer la existencia de la concepción abstracta, como «derecho al proceso», constitucionalizado en el artículo 24.1 CE, y situar en éste la legitimación, a condición de que entonces el tribunal sólo pueda poner fin al proceso a causa de una falta de legitimación cuando esta falta aparezca clara, sin dudas ni apenas margen de error, y no como meramente probable.

§. Cuanto se ha señalado hasta ahora, en definitiva, puede sintetizarse del siguiente modo: 1º) en el ámbito del Derecho privado todo justiciable tiene –si concurren las condiciones de la acción– el derecho preprocesal (porque preprocesales son las condiciones de las que depende la existencia de tal derecho) a que los tribunales dispensen la tutela concreta que pide; 2º) el inicio del proceso concreto dirigido a que se le dispense esa tutela, así como su desarrollo hasta la resolución de fondo, deben depender, por lo general, de requisitos jurídico-procesales, que no suelen preexistir materialmente; 3º) sin perjuicio de que puedan existir excepciones claras y precisas, el examen de la legitimación en el proceso civil concreto ha de efectuarse, como regla, en la resolución de fondo; y 4º) sólo excepcionalmente puede la legitimación condicionar el ejercicio del «derecho al proceso», precisamente porque el reconocimiento de este derecho –con el contenido abstracto que se le atribuye– debe servir para que el proceso se inicie y se desarrolle, y no para lo contrario.

⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia*, Barcelona, 1980, p. 20 [la cursiva es mía].

⁵⁸ R. OCAÑA RODRÍGUEZ, “La legitimación originaria y sucesiva en los procesos de nulidad matrimonial”, en *Ius Canonicum*, 1987, vol. 27, núm. 53, p. 185.

§. En todo caso, el punto de partida para cualquier análisis de la legitimación en nuestro ordenamiento es claro: si bien es innegable que el artículo 10 LEC es una norma procesal, también lo es que no define en términos completamente procesales lo que sea hoy la legitimación. Un examen más detenido de esta noción, que permita buscarle en ella una ubicación conceptual estable a la sustitución procesal, puede efectuarse desde múltiples variables. A los efectos de este trabajo, creemos que dos son las referencias útiles: de un lado, la distinción –de corte más clásico– entre legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria, que mira sobre todo al título o al fundamento de la atribución de aquélla; de otro, la distinción entre legitimación procesal y legitimación material –de corte más funcional–, encaminada a resolver de forma eficaz las dificultades prácticas que puede suscitar la legitimación en la dinámica del desarrollo de un proceso civil. Ambas perspectivas, además, tienen encaje en el tenor literal del artículo 10 LEC, como se verá seguidamente. Por razones que luego comprenderá el lector por sí mismo, el análisis debe comenzar por esta segunda.

4. La «legitimación procesal» y la «legitimación material» en el artículo 10 LEC

§. Desde consideraciones pragmáticas puede afirmarse que el problema –digamos– “procesal” es el de si la falta de legitimación –no su concurrencia– puede configurarse como un «óbice procesal» que impida el desarrollo del proceso mismo. Puede adelantarse que el tenor del artículo 10.I LEC no invita –con carácter general– a tratar la legitimación como un presupuesto procesal; más bien es al contrario cuando establece la *norma de tratamiento* que consiste en considerar como «parte legítima» a los sujetos que comparezcan y actúen, no porque *sean* los «titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», sino porque se presenten *como tales*, con la excepción –según el párrafo segundo del artículo 10 LEC– de «los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular».

El artículo 10 LEC puede ser entendido como una norma de tratamiento procesal, como se acaba de indicar, o acaso también se puede comprender mediante la distinción entre «legitimación material» y «legitimación procesal»⁵⁹, que no tiene paralelismo –aunque alguna jurisprudencia se empeñe en lo contrario– con la añeja diferenciación entre la «*legitimatio ad processum*»

⁵⁹ Fue CARNELUTTI, *Teoría generale del diritto*, cit., p. 138, quien estableció esta distinción en su intento por ofrecer una construcción unitaria del concepto de legitimación, que necesariamente pone de manifiesto la dependencia entre el Derecho material y el procesal en el ámbito civil, de tal manera que la relación material opera como relación cualificante de la procesal, que se convierte en cualificada. Según este esquema, la legitimación material obedece a aquella primera relación cualificante y se dibuja ni más ni menos que como la cualificación jurídica de los sujetos de la relación jurídica litigiosa, mientras que la legitimación procesal consiste en presentarse como tales. «*Si vera sunt exposita*», como decía BETTI (*Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 159), quien también apuntaba a que «decisivas son las solas afirmaciones que constituyen la razón de la demanda: a ella sola [la razón u objeto mediato de la demanda] se reconduce la legitimación» (BETTI, *op. cit.*, p. 160, nota 68).

y la «*legitimatio ad causam*»⁶⁰. Aquella distinción permite ver que en la generalidad de los casos no basta con tomar solamente uno cualquiera de los dos términos del binomio –o la «legitimación material» o la «legitimación procesal»– para comprender la ecuación del artículo 10 LEC y evidencia también que la LEC maneja uno y otro criterio de legitimación –ora el procesal, como en el artículo 10.I o el 766 LEC, ora el material, como en el artículo 757.1 LEC–, con el resultado de dificultar notablemente la formulación de un concepto único de legitimación en el proceso civil.

Si según el párrafo primero del artículo 10 LEC, quienes *se presenten como* titulares de la relación o situación jurídica litigiosa han de ser considerados *partes procesales legítimas*, puede decirse que el artículo 10 LEC atribuye –por este solo hecho– «legitimación procesal» a quienes realicen las *manifestaciones* –sin necesidad de fórmulas sacramentales– de ostentar activa y pasivamente la «legitimación material» o, si se prefiere, la titularidad activa y pasiva de la posiciones legitimantes respecto de una pretensión concreta⁶¹. Basta eso para tener a los sujetos por «partes legítimas» (legitimadas procesalmente) y que se desarrolle regularmente el proceso hasta el dictado de una resolución de fondo en la que se decidirá una cuestión distinta: la «legitimación material» –ya no la «procesal»– de si las partes se encuentran en el círculo de sujetos a los que abstractamente la ley atribuye la condición de legitimadas y si se tiene o no derecho a obtener la tutela pedida.

⁶⁰ El empleo de los términos entre legitimación procesal y legitimación material viene de lejos (*vid.*, por ejemplo, ALLORIO, “Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire”, en *Problemi di Diritto*, vol. 1, Milán, 1957, pp. 195-207, y, en la misma obra, “Diatriba breve sulla legittimazione ad agire”, pp. 209-226), aunque conviene advertir que la «legitimación procesal» –en el sentido que se emplea en el texto y en el que lo ha empleado nuestra doctrina– no es en absoluto equivalente a la *legittimazione processuale* que utilizan hoy la doctrina y la jurisprudencia italianas, en que ésta se relaciona también con la figura de la representación que sirve para integrar la capacidad procesal de la parte o antigua *legitimatio ad processum*. No me detendré en este punto, porque, al fin y caso, no es objeto de esta memoria doctoral la naturaleza y la sistematización de todas las situaciones de legitimación. Lo que justifica el uso de los términos «legitimación procesal» y «legitimación material» es, en todo caso, que son vehículo adecuado para expresar «un determinado pensamiento de corte dualista respecto de las relaciones entre derecho y proceso» (RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 254), perspectiva ésta que en el ámbito del Derecho privado no puede perderse de vista (salvo que se quiera convertir el proceso civil en un recipiente hueco y por completo desconectado de su fin primordial de tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos).

⁶¹ De la manera apuntada en el texto han concebido la legitimación en el proceso civil, entre otros, MONTERO AROCA (*De la legitimación en el proceso civil*, *cit.*, pp. 152-152 y 489, *La legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, pp. 37-39, y *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, *cit.*, pp. 30-31); GUTIÉRREZ DE CABIEDES, , “A vueltas con la legitimación...”, *loc. cit.*, p. 228, nota 42; GARNICA MARTÍN, “Artículo 10”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por M. Á. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombáu, t. I, Barcelona, 2000, pp. 152-153. Y ésta es también la posición mayoritaria de la doctrina italiana. *Vid.*, ALLORIO, “Per le chiarezza delle idee...”, *loc. cit.*, pp. 220-201, y “Diatriba breve sulla legittimazione...”, *loc. cit.*, p. 220; ATTARDI, “Legittimazione ad agire”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IX, Turín, 1957, p. 722, y, más recientemente, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, t. X, Turín, 1993, p. 526; F. TOMMASEO, *Appunti di Diritto processuale civile*, 3ª ed., 1995, p. 207; PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, 3ª ed., Nápoles, 1999, p. 313.

Así cabe entender la explicación de DE LA OLIVA SANTOS de que «la legitimación procesal proviene normalmente de la afirmación de la titularidad de un derecho (que no es el de acción) o de la afirmación de hallarse en una determinada situación jurídica material»⁶², mientras que, desde la consideración material, la legitimación consistirá en «la cualidad de un sujeto jurídico concreto, consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento justamente *a su favor* de la concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, de las consecuencias del otorgamiento de una concreta tutela jurisdiccional (legitimación pasiva)»⁶³.

Esta distinción entre «legitimación material» y «legitimación procesal» permite comprender –en principio– el artículo 10 LEC, en los siguientes sentidos que pasamos a ver.

4.1. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL O *IN STATU MANIFESTATIONIS*

§. Cada vez que la legitimación procesal se ha reconocido –*rectius*, debe reconocerse– a quienes, por las manifestaciones de la demanda, se arrojan la titularidad activa o a quienes se ha imputado la titularidad pasiva de la «relación jurídica u objeto litigioso», sin que resulten ser tales, hay que concluir que no hay infracción del artículo 10 LEC. Al contrario, *se ha dado aplicación* a tal precepto y la cuestión entonces será ya otra: la de la existencia o no de «legitimación material» (o «*ad causam petendi*»), perteneciente al fondo de la sentencia, de la que es difícilmente separable, pues lo que se plantea es si por o frente a esa parte procesal legítima se tiene o no derecho a *obtener* lo que en concreto se pide y esto condicionará no el que se dicte una resolución *de fondo*, sino –como sucede con el resto de cuestiones de fondo– el *signo* estimatorio o desestimatorio de esa resolución de fondo⁶⁴.

Muchas resoluciones, aunque no acogen expresamente la distinción entre «legitimación procesal» y «legitimación material», sí lo hacen de forma implícita cuando en ellas se afirma que «la legitimación [procesal] existirá cuando el demandante afirme su titularidad del derecho subjetivo material (la tenga, o no, porque esto constituirá el fondo del asunto) y la pasiva cuando impute al demandado la titularidad de la obligación (con independencia igualmente de su existencia)» ([AAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, de 25 de septiembre de 2008, rec. 490/2008](#) y [SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, de](#)

⁶² DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., p. 115.

⁶³ DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal* cit., p. 417.

⁶⁴ Luego, la legitimación «material» –que, como se desarrolla más adelante, no se confunde con la cuestión de la titularidad y su prueba del derecho material– no impide la resolución de fondo, sino que la presupone: no condiciona el que se dicte o no esa resolución, sino el signo estimatorio o no de la resolución. Por eso, *como presupuesto*, estimamos –como antes se dijo– que lo es del derecho de acción en sentido concreto, no del derecho al proceso [en el mismo sentido, GONZÁLEZ PILLADO, “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 6 a 11”, en *Revista Indret* (en línea), núm. 3, 2004, pp. 21-22, v.e. disponible en http://www.indret.com/pdf/232_es.pdf]. Presupuesto de este último es, simplemente, la «legitimación procesal», que puede también comprenderse como atributiva de la titularidad del derecho al proceso, si se dan los presupuestos procesales propiamente dichos.

[25 de septiembre de 2008, rec. 470/2008](#); el paréntesis es mío). Lo mismo que cuando se sostiene, en los términos de la [STS de 21 de octubre de 2009, rec. 177/2005](#) que «la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo, lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación pasiva habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el “suplico” de la misma en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión»⁶⁵.

Recientemente el propio TS ha desestimado de forma muy correcta la alegada infracción del artículo 10 LEC en sede de recurso extraordinario por infracción procesal porque en el motivo se «confunde la falta de legitimación en su perspectiva procesal, con la legitimación material (tradicionalmente la “*legitimatio ad causam*”)» ([STS Pleno de 16 de enero de 2012, rec. 460/2008](#)):

«La primera se refiere a la afirmación de la titularidad de un derecho o relación jurídica, o situación jurídica, coherente con el resultado pretendido, y a quien debe soportar en el aspecto pasivo el proceso en relación con tal afirmación, en tanto la segunda se refiere a la existencia o inexistencia del derecho, o de la titularidad, que son temas de fondo, no procesales, sin perjuicio de que la acreditación de la base fáctica de los mismos constituya tema procesal, aunque probatorio».

§. Cuestión distinta es que con cierta frecuencia no se distingan ambas «legitimaciones» –la procesal y la material– y se haga de ellas un mismo todo y

⁶⁵ La demanda que está en el origen de esta sentencia se dirige por Laureano contra Anselmo y cuatro sociedades para que se declarara a favor de aquél que el 50 por ciento de un paquete de acciones eran de su titularidad y condenara a los demandados a pagarle su valor conforme al precio de una compraventa que se acababa de realizar. En lo que ahora importa, el demandado Anselmo se opuso a la demanda y formuló «excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva de Anselmo», que fue desestimada tanto en la sentencia de instancia como la de apelación. Frente a esta última interpone Anselmo recurso extraordinario por infracción procesal del artículo 10 LEC –en la resolución no se indica el motivo en que se funda– que es desestimada en la resolución citada en la que, además de lo dicho, el TS añade que: «De ello se desprende que el demandado, don Anselmo, era parte en la relación jurídica sobre la que versa el proceso, cuyo objeto viene determinado en la demanda en orden a obtener una declaración expresa sobre la adquisición conjunta de tales acciones, así como la entrega al actor de la parte de las mismas de las que afirmaba ser titular. (...) la propia demanda está solicitando una declaración que le vincula directamente, como es la de la adquisición conjunta con el demandante de las referidas acciones, con los efectos propios que dicha adquisición conjunta comporta. Esta Sala ya declaró en sentencia de 3 junio 1988 que *lo que ha de tenerse en cuenta en la legitimación “no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso (...) no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material”*; doctrina que comprende los conceptos de legitimación activa y pasiva, aunque específicamente se refiera a la primera, pues cuando se plantea el problema de la legitimación en relación con un proceso determinado lo que ha de resolverse es quién está habilitado para formular la pretensión y contra quién ha de dirigirse para que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo, estimando o desestimando aquella pretensión» (la cursiva es mía).

se dé entrada –además– a cuestiones atinentes a la titularidad del derecho jurídico-material y su prueba, confundiendo la intelección del artículo 10.I LEC.

El propio Tribunal Supremo también parece estar incurriendo en este error y en la actualidad resulta bastante confuso –y hasta contrario a la seguridad jurídica de litigantes y abogados– acertar a situar las infracciones relativas a la falta o no de legitimación en sede de recursos extraordinarios; especialmente, desde que en fechas recientes –e influenciado por el carácter sin uda procesal de la propia norma del artículo 10 LEC– el Tribunal Supremo ha empezado a ubicar las denunciadas infracciones de «falta de legitimación» en el motivo de «infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión», artículo 469.1.3º LEC), con el consiguiente desconcierto de traer a aquél cuestiones de «legitimación material» que exceden del examen de la «legitimación procesal» y nada tienen ya que ver con la infracción del artículo 10 LEC ni con la pretendida existencia de defectos procesales *in procedendo*, sino que atañen al *thema decidendi* y al sentido estimatorio o desestimatorio de la sentencia impugnada. El situar la infracción del artículo 10 LEC en este motivo de los que permiten fundar el recurso extraordinario por infracción procesal parte –a mi juicio– de la errónea premisa, que es la de considerar que se esté planteando un problema de «legitimación procesal» de la parte que, en realidad, es inexistente por cuanto las partes han sido tales (han sido «parte procesal legítima» en los términos el artículo 10 LEC); lo que se plantea en la mayor parte de los casos son cuestiones de «legitimación material» (*i.e.*, de la posición jurídico-material del demandante en relación a la tutela que pide y a por qué lo pedido) o –peor– con cierta frecuencia se trata todavía de cuestiones relativas a la existencia y prueba del derecho material⁶⁶.

⁶⁶ Así, por ejemplo, en la [STS \(Sala 1ª\) de 13 de octubre de 2010 \(rec. 1788/2006\)](#) se examina un caso en el que los demandantes –una sociedad y una persona física– demandan a otra sociedad y dos personas físicas en reclamación de cantidad procedente de unas colaboraciones de producción cinematográfica que se había plasmado en un contrato firmado por todos ellos. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial estiman la demanda frente a la sociedad demandada y absuelven a los demandados personas físicas por «falta de legitimación pasiva», en el entendimiento de que las obligaciones contractuales no concernían a las personas físicas, sino sólo a las personas jurídicas. Es claro, pues, que estas absoluciones –que no lo eran de la instancia, sino del fondo– no tenían que ver con una presunta infracción del artículo 10 LEC, sino con la legitimación *material* pasiva de las dos personas físicas que también firmaron los contratos. Pero –siguiendo los criterios interpretativos sobre los recursos extraordinarios que sigue la Sala 1ª del TS– por los demandantes se interpone recurso extraordinario por infracción procesal (de los artículos 5 y 10 LEC, entre otros), basada en que los demandados absueltos sí son titulares de la relación jurídica contractual objeto del litigio, tal y como se así se dedujo. Y ante esta cuestión la Sala 1ª TS entiende que la legitimación pasiva de los codemandados absueltos se resuelve en la cuestión de «*si fueron o no parte a título particular en el contrato controvertido asumiendo las obligaciones derivadas del mismo*» y, puesto que la valoración de esta cuestión –en sentido negativo– no es irrazonable en la sentencia recurrida, la Sala 1ª concluye que *no hay vulneración por infracción de los artículos 5 y 10 LEC porque «de la relación jurídica controvertida [no se infiere] la posición de los demandados personas físicas por la que fueron llamados al proceso como parte demandada»*. Dicho de otra forma, la Sala 1ª está reconociendo que no se halla ante una infracción del artículo 10 LEC y tampoco ante un problema de legitimación *material*, ligado a la *relación*

En el error de confundir la legitimación procesal y la legitimación material también incurren muchas Audiencias Provinciales, que tampoco se resisten a confirmar o a revocar erróneos pronunciamientos sobre la legitimación de la resolución impugnada empleando el artículo 10 LEC como pretexto para reexaminar la cuestión de fondo⁶⁷ y, en algún caso, llegándose al extremo de revestir la

jurídica como ha sido deducida, sino al problema de fondo de la titularidad de los derechos y obligaciones contractuales y a la interpretación del contrato. Lo que llama la atención de esta resolución es la “resistencia” de la Sala 1ª a admitir que no está examinando un problema de «legitimación procesal» en sede de un recurso extraordinario por infracción procesal; sólo así se entiende –o entiendo yo– que la Sala 1ª se vea abocada a la *contradictio in terminis* de afirmar simultáneamente que no existe infracción del artículo 10 LEC (o sea, que las partes –hay que entender– eran «partes procesales legítimas»), porque –en una inversión de los términos del artículo 10 LEC– la posición de los demandados *no* se deduce de la relación jurídica contractual: si esto ha resultado del propio proceso –de la actividad alegatoria y de prueba de ambas partes y de la interpretación del contrato–, el problema que resuelve esta sentencia no es de «legitimación procesal», ni de infracción del artículo 10 LEC, sino un problema perteneciente al fondo y a la valoración de las alegaciones y pruebas resultantes del proceso, con los que el artículo 10 LEC no tiene ya nada que ver. Al TS le hubiera bastado con decir –pero no lo hizo– que la absolución de los demandados en la sentencia impugnada no obedecía a una falta de legitimación procesal, por haber resultado probado que esos demandados no debían responder jurídicamente de las obligaciones frente a ellos deducidas pese a constar sus firmas en el contrato. Sin embargo, en el (erróneo) entendimiento de que la norma procesal del artículo 10 LEC convierte en procesal toda suerte de problemas relativos a la legitimación material o a la titularidad del derecho material, el TS se ha dejado llevar por la confusión que se apuntaba en el texto principal.

⁶⁷ Por ejemplo, en la [SAP Castellón de la Plana \(Secc. 13ª\) de 20 de febrero de 2012 \(rec. 567/2001\)](#), se examina no la legitimación procesal, sino la legitimación material, y se termina –a mi juicio, de forma incorrecta– negando la legitimación del demandante con fundamento en el artículo 10 LEC, pese a que la resolución confunde legitimación con titularidad. El caso examinado es el de un particular, Victorino, que acude en un par de ocasiones a una clínica veterinaria para interesarse por el parto de una perra de raza y cuyos cachorros –tres– terminan muriendo en el parto. En el entendimiento de que existe negligencia contractual por no habérsele advertido de los problemas que suelen presentarse en los partos de esa raza y haber previsto una cesárea, Victorino interpone demanda contra el veterinario en reclamación de los gastos de atención veterinaria y de los perjuicios derivados de la muerte de los cachorros. En el proceso nadie puso en cuestión, ni de oficio ni a instancia de parte, su legitimación a activa, ni material ni la procesal. Sin embargo, de la prueba practicada resulta que *la propiedad del animal* no era de Victorino, sino de su pareja Lucía, y el Juzgado dicta sentencia desestimatoria de la demanda por falta de legitimación activa (y, adicionalmente, por inexistencia de la pretendida negligencia veterinaria). Pues bien, el tribunal de apelación, aún reconociendo que está ante un problema de legitimación material –*ad causam*, dice la sentencia– «que tiene relación con el derecho ejercitado y con las cuestiones sustantivas de la controversia, es decir, la que afecta al fondo», trae a colación el artículo 10 LEC para concluir (¿?) que *sólo Lucía «ostenta legitimación para formular la reclamación, en cuanto titular de la relación jurídica u objeto litigioso y persona que, en su caso, ha sufrido los perjuicios derivados de la muerte de los cachorros, sin que la relación afectiva o la convivencia den lugar a que dicha titularidad se extienda al demandante»*. A ningún procesalista se le escapará el craso error de esta sentencia consistente en considerar como único título de legitimación material y de causa de pedir de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por Victorino –que fue, se deduce, quien *contrató* con el demandado– la condición de propietario del animal, cuando, en realidad, las pretensiones del demandante no tenían su causa en la propiedad, sino en el contrato de servicios de atención veterinaria. Ésta es la «relación jurídica litigiosa» y si respecto de ella Victorino se presentó como parte en su propio nombre y derecho porque con él se contrajeron las obligaciones de asistencia veterinaria del animal, es claro que ostentaba tanto la legitimación material como la procesal para reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato (con independencia de que la sentencia tuviera igual signo

legitimación material de “ropajes procesales” empleando como argumento el artículo 10 LEC⁶⁸.

4.2. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL *IN STATU MANIFESTATIONIS*

§. *A sensu contrario*, sólo excepcionalmente –aunque no hay que excluirlo por completo– será posible que de las propias manifestaciones contenidas en la demanda quepa concluir, sin margen de error, que la pretensión es manifiestamente infundada por falta de legitimación material de alguna de las partes respecto de las pretensiones formuladas. O por decirlo en términos más próximos a los que emplea el artículo 10 LEC, el reverso de la situación que contempla el artículo 10 LEC es que las partes del proceso estén en él como sujetos *no titulares* de la relación jurídica deducida u objeto litigioso *sin hallarse tampoco* amparadas por una norma de legitimación distinta de aquella que vincula la legitimación a la titularidad de la relación jurídica material.

desestimatorio de la demanda si, como parece, no hubo la responsabilidad profesional que se imputaba al veterinario).

Un error parecido puede verse también en la [SAP Gualajara \(Secc. 1ª\) de 9 de octubre de 2012 \(rec. 197/2012\)](#), en el que se trata como un problema de legitimación lo que es la existencia o inexistencia de un derecho de indemnización por incumplimiento contractual. La demanda que dio origen al proceso fue presentada por África y Florencia, copropietarias de un vehículo, frente a la empresa que regenta el taller en el que se produjo un siniestro por colisión con otro vehículo depositado en el taller, y frente a la compañía aseguradora. Frente a la empresa de reparación las demandantes ejercitan acción de responsabilidad contractual derivado de contrato de depósito, mientras que frente a la aseguradora se ejercita acción de responsabilidad civil extracontractual en reclamación del importe del arrendamiento de un vehículo de sustitución que tuvo que contratar Florencia, que era la usuaria habitual del vehículo siniestrado, para acudir a su centro de trabajo. Pues bien, tanto el Juzgado como la Audiencia desestiman en cuanto al fondo la demanda, entre otros motivos, por «falta de legitimación activa» de África respecto de la pretensión indemnizatoria, puesto que, aunque fue ella la firmante del contrato de depósito del vehículo en el taller, el incumplimiento de éste no le ha originado un perjuicio porque «quien resultó verdaderamente perjudicada por el siniestro fue la usuaria del automóvil (Florencia) hasta el punto de que fue ésta la que se vio obligada a concertar un contrato de alquiler de vehículo de sustitución para poder desplazarse a su trabajo. En este punto del razonamiento la única legitimación que podría ostentar África sería la que trae causa de haber satisfecho ella la merced de ese contrato de sustitución, extremo éste que pese a ser afirmado en el recurso, aparece huérfano de sustento probatorio».

⁶⁸ Tal es el caso de la [SAP Ávila \(Secc. 1ª\) de 1 de octubre de 2010 \(rec. 245/2010\)](#). El supuesto es el de una de las herederas, Francisca, del primitivo arrendador, que interpone demanda frente al arrendatario con el que se había concertado el contrato de forma verbal, por falta de uso de la vivienda. Los demandados alegan la falta de legitimación activa de Francisca, por desarrollarse todas las gestiones relativas al arrendamiento con Darío, el hijo de Francisca. El Juzgado desestima la demanda por apreciar la falta de legitimación activa y, recurrida en apelación la sentencia por Francisca, la Audiencia la confirma, porque «*en prueba de interrogatorio de parte sólo se acreditó que doña Francisca había autorizado a su hijo, pero lo que no consta es el derecho de aquélla para ejercitar la acción*»; y, a continuación, añade el *non sequitur* de que «*la consecuencia de esa falta de legitimación activa conlleva que no pueda entrarse a conocer el fondo del asunto, absolviendo a los demandados en la instancia, pues afecta al “orden público procesal”*» (vid Ss. T.S de 15 de Octubre de 2002, 3 de Julio de 2002 y 30 de Julio de 1.999), *no produciendo esta Sentencia excepción de cosa juzgada material (arts 222 y 405.1 y 2 de la LEC), pudiéndose de nuevo reproducir la actora la acción, subsanando esas omisiones*».

En estos supuestos insólitos, pero no del todo imposibles⁶⁹, no debieran las partes ser consideradas «partes legítimas», aunque ni el artículo 10 LEC –que es una norma procesal incompleta– ni ningún otro precepto exprese el tratamiento procesal de esa llamada «parte procesal ilegítima». No es el momento ahora de analizar el tratamiento procesal de la falta de legitimación en el proceso civil de declaración, pero sí conviene advertir algunas cuestiones sobre esta segunda regla del artículo 10 LEC para evitar una generalización indebida de lo que el artículo 10 LEC no formula de forma expresa, sino que se deriva de él solamente *a contrario sensu*.

§. Por las graves consecuencias que pueden seguirse de negar la legitimación procesal de alguna de las partes en estos supuestos se debe extremar el cuidado sobre el análisis de la demanda y, en su caso, de la contestación, porque lo que está en juego es el derecho al proceso del demandante o del reconviniente. De ahí que la primera dificultad de aplicar este criterio es que, para negar la legitimación *procesal* a una parte, es preciso adelantar el examen de la legitimación material, sin tener en cuenta que ésta se encuentra vinculada al examen de la pretensión –a la *causa petendi*– concretamente formulada, de modo que con frecuencia y con razón su eventual falta se debe diferir a la sentencia.

Así se advierte, en lo que hace a la legitimación activa, en el [AAP Madrid \(Secc. 10ª\) de 29 de noviembre de 2003 \(rec. 406/2002\)](#), conocido como el “caso del vestido de novia”⁷⁰, en el que en apelación se ordenó la continuación del proceso. El supuesto de hecho arranca del encargo de María, en una tienda, de un vestido de novia sobre catálogo del que se hace varias pruebas y por el que paga como señal 90.000 Ptas, siendo retirado el vestido por el novio, Carlos Jesús. La resolución omite decir qué pasó con el traje el día de las nupcias, pero se infiere que el vestido presentaba alguna imperfección de entidad que condujo a que Carlos Jesús –el ya esposo–

⁶⁹ Resulta seguramente excesivo el sarcástico adjetivo de «risibles» con que SATTA ridiculizó estos supuestos: «gli autori, quando vogliono trovare un caso di legittimazione distinto dall'esistenza del diritto sono costretti a formulare risibili ipotesi, come quella di chi agisca per un rapporto dichiaratamente altrui» (SATTA, *Commentario...*, cit., p. 355); y que volvió a esgrimir en 1967, en abierta confrontación con GARBAGNATI a propósito de una sentencia de la *Corte di Cassazione* en la que ésta cambió su orientación sobre la legitimación. Además de reiterar la crítica de «risibile», SATTA reprochó al alto tribunal haberlo hecho por «una indigesta e indigeribile dottrina (...) e Dio sa a quali ingiustizie sostanziali può portare l'opzione che un giudice fa tra la teoria concreta e la teoria astratta dell'azione» (SATTA, “Variazioni sulla legittimazione ad causam”, en *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padua, 1968, reimp. 2004, p. 346).

Es preferible presentar estos supuestos como «muy excepcionales y poco probables en la práctica» (GONZÁLEZ PILLADO, “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 6 a 11”, *loc. cit.*, p. 24), como, p. ej., aquellos en los que se pide la declaración judicial de herederos de una persona no en favor propio, sino de sus hijos ([AAP Cuenca, Secc. 1ª, de 18 de marzo de 2008, rec. 56/2007](#)) o de otros parientes colaterales llamados a la herencia ([AAP Cádiz, Secc. 8ª, de 13 de octubre de 2010, rec. 187/2010](#)). Si el temor de juzgarlo así en sentencia proviene de una pretendida extensión *ultra partes*, carece de justificación adelantar procesalmente su examen –que es actividad jurisdiccional pura y dura– a momentos anteriores al dictado de la sentencia, puesto que no es el derecho de esos terceros el que se juzga en ese proceso y decaen, por tanto, las razones del injustificado temor.

⁷⁰ Citado por MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 541.

interpusiera en su propio nombre y derecho demanda «por daños y perjuicios por incumplimiento contractual» frente a “HABITUS TEXTIL S.L.” (de la que no sabemos si es la vendedora o si es la empresa que confeccionó el vestido, aunque el actor también invocó la LGDCU), para que «se condene a la demandada a pagar a mi mandante la cantidad de 2.000.000,- ptas. más intereses legales desde la interposición de la demanda y costas». La mercantil demandada opuso como excepción la falta de legitimación activa del demandante y el Juzgado la estimó en la audiencia previa al juicio mediante auto por el que acordó la finalización del proceso. Contra este auto recurre en apelación el demandante, que alega en su recurso la infracción del artículo 10 LEC, la aplicación de la teoría de los actos propios de la demandada en una vía administrativa anterior, así como ser él mismo contratante y perjudicado y haber ejercido implícitamente la *actio aquiliana*, que debería –a su juicio– haberse tomado en consideración de oficio. La decisión de la Sección 10ª de la AP Madrid es muy confusa, pero termina revocando el auto impugnado y ordena «continuar la celebración de la audiencia previa y, de no proceder el sobreseimiento del proceso por falta de algún presupuesto procesal o por concurrir algún obstáculo de esta índole a la continuación del proceso hasta el dictado de una sentencia de fondo, prosiga éste con arreglo a derecho». Para el tribunal de apelación, ni la excepción alegada por la demandada era de falta de legitimación del novio, ni el motivo que plantea éste en su recurso es de infracción del artículo 10 LEC, porque el problema no tiene que ver –al confuso parecer de la Audiencia– con una falta de legitimación activa, sino –así parece deducirse de la resolución– con una falta de acción: con el «elemento subjetivo del derecho sustantivo y condición de la acción, para cuyo examen se requiere analizar previamente la relación debatida, pues no es susceptible de integrar, de suyo, una excepción procesal y por ende, previa». Entiende, en definitiva, el tribunal de apelación que «el demandante, que actúa exclusivamente en su propio nombre y derecho, reclama un pretendido derecho resarcitorio que afirma corresponder a él mismo y a su esposa; y dirige la pretensión frente a la entidad que, en su criterio, aparece como obligada (deudora) de la prestación pecuniaria a cuya efectividad se orienta la demanda». O dicho de otra forma, en el fondo para la Audiencia la cuestión examinada sí tenía que ver con la legitimación, pero no con la *procesal*, sino con la *material*, de modo que, al pertenecer ésta al fondo del asunto, hay que afirmar aquélla para llegar hasta él.

Lo mismo puede decirse de la falta de legitimación pasiva, que –con mayor razón– la prudencia aconseja tratar *en* la resolución de fondo, y no antes, como ilustra el [AAP Madrid \(Secc. 13ª\) de 13 de julio de 2012 \(rec. 794/2011\)](#), en que el se ejerció la acción de resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda por falta de uso del arrendatario desde el año 1996. El arrendador dirigió su demanda contra el arrendatario que suscribió el contrato y éste opuso su falta de legitimación pasiva por no ser el *ocupante* de la vivienda desde el año 1990, cuando se separó de su esposa, y haber quedado como arrendatarios –al fallecimiento de ésta en el año 2005– sus hijos, con conocimiento del arrendador. El Juzgado, en el momento de la audiencia previa al juicio, estimó la alegada falta de legitimación pasiva (que era de índole material, y no procesal) y dictó auto de terminación del proceso; la Audiencia Provincial, en cambio, entendió que «claramente la falta de legitimación opuesta es una cuestión de fondo a resolver en sentencia», en la que habría que examinar la subrogación o no de la esposa en el contrato, y ordena «la continuación del procedimiento, con la consiguiente proposición de pruebas por las partes y señalamiento del correspondiente juicio hasta sentencia».

§. Además de la anterior dificultad, existe un segundo inconveniente situado en las consecuencias –más que cuestionables– de aplicar el criterio que nos ocupa,

pues el dictado, incluso ante una verdadera falta de legitimación *procesal*, de una resolución meramente procesal allí donde las *manifestationes* de la demanda revelan una falta de legitimación material activa o pasiva conduce a un resultado que se antoja injusto, por cuanto permite a las partes una “segunda oportunidad” para replantear la demanda, bien “corrigiendo” las *assertationes* de legitimación, bien enderezando las *causae petendi* al fin perseguido.

Es fácil advertirlo en el caso –antes mencionado– del vestido de novia si la Audiencia Provincial, en lugar de revocar el auto de instancia, lo hubiera confirmado: quedaría expedita la vía para que Victorino –sólo o junto a su esposa– iniciara un segundo proceso de reclamación de cantidad ejercitando correctamente las acciones contractuales o extracontractuales de las que creyera estar asistido, sin pechar con las consecuencias de la preclusión y de la cosa juzgada de una eventual sentencia de fondo. A este resultado injusto conduce, sin necesidad de realizar hipótesis sobre el sentido de la resolución definitiva, la SAP Ávila (Secc. 1ª) de 1 de octubre de 2010 (rec. 245/2010), citada ya antes⁷¹, aunque el principal error de esta resolución consiste en negar que concurra la legitimación activa a causa del resultado probatorio, y no de las *manifestationes* de la demanda.

Por esta razón me parece censurable la solución del [AAP Lleida \(Secc. 2ª\) de 4 de junio de 2012 \(rec. 265/2011\)](#), dictado en un juicio verbal en el que, tras la celebración del juicio, se aprecia la falta de legitimación pasiva del demandado y se dicta auto por el que se sobresee el proceso dirigido frente a José Antonio, al que se absuelve en la instancia. La demanda se dirigió contra él en su condición de *propietario* del inmueble desde el que se produjeron filtraciones de agua que causaron daños en la vivienda del actor, sin ser José Antonio propietario, sino hijo de los propietarios. En el recurso el demandante alega que el demandado lo fue tanto en su calidad de propietario como de ocupante de la vivienda; lo que niega la Audiencia Provincial, que confirma la resolución de instancia tras realizar un examen de la demanda y sus documentos, del informe del perito judicial, y de la citación a juicio al demandado en un lugar diverso de la vivienda de autos. La *ratio decidendi* de la resolución no esconde que lo que está en cuestión es la legitimación material –«*ad causam*» se dice también en este caso–, fundada en la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica deducida en el proceso, que en este caso se niega porque «el demandado no está legitimado pasivamente para soportar la acción entablada en la demanda, dirigida contra el propietario del inmueble». Siendo así, la censura que apuntaba está justificada, porque la solución al supuesto planteado no merece ser resuelto mediante auto carente de eficacia de cosa juzgada material, como hacen el Juzgado y la Audiencia Provincial, sino mediante una resolución de fondo que, con independencia de su signo, despliega esa eficacia con los usuales límites subjetivos, que aunque no impide plantear la demanda, sí impide que se dirija contra ese demandado por operar la eficacia negativa de la cosa juzgada para impedirlo.

4.3. LA LEGITIMACIÓN EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 10 LEC: ¿LEGITIMACIÓN *IN STATU MANIFESTATIONIS* O LEGITIMACIÓN MATERIAL?

§. Respecto de la regla del párrafo segundo del artículo 10 LEC, dado su tenor («se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona

⁷¹ Vid. *supra* nota 68.

distinta del titular»), no parece –por su tenor– que hayan de valer las meras manifestaciones de legitimación. La «legitimación procesal» del párrafo segundo aparentemente sólo se confiere al sujeto o sujetos «legitimados materialmente» por la ley, que es la que los coloca en la situación legitimante excepcional, sin términos medios ni por el trámite de las *assertationes*. Ahora bien, esta afirmación, depende de cómo se interprete el párrafo segundo del artículo 10 LEC y, en concreto, los términos «se exceptúan» y la mención a la «legitimación» atribuida por la ley, en el contexto del precepto entero.

Si nos cuestionamos qué es lo que *exceptúa* el párrafo segundo, la respuesta puede ser una de estas dos: 1ª) O bien lo que se exceptúa es *que los sujetos se presenten como los titulares* de la relación jurídica u objeto litigioso al que se refiere el párrafo primero, en cuyo caso podría pensarse que al legislador le hubiera bastado con incluir, en el párrafo primero, una adición final con un tenor similar a esta: «*o como sujetos distintos de los titulares en los casos en los que la ley les atribuya legitimación*», en lugar de dedicarle un párrafo diferenciado; 2ª) O bien, tomando como premisa que lo que justamente se quiere regular es la legitimación extraordinaria en un sentido *diverso* a la legitimación ordinaria, lo que se excepciona es *que no valgan las simples afirmaciones* cuando la ley individualice a sujetos no titulares para conferirles legitimación.

La segunda de las interpretaciones es una lectura plausible y respetuosa con la interpretación literal del artículo 10 LEC; de hecho, ha sido postulada en el pasado⁷² en el contexto de la LEC de 1881 y de sus artículos 503.2º y 533.2º y 4º y toma en cuenta la significación técnico-jurídica de la legitimación extraordinaria como atribución de legitimación en la que no subyace un derecho subjetivo material a favor del sujeto legitimado. Sin embargo, la interpretación apuntada en primer lugar constituye la lectura más segura y, sobre todo, permite una interpretación sistemática del artículo 10.II LEC en su relación con otras normas, que son las que a la postre deben inclinar el sentido del párrafo segundo.

Así, podrá suceder perfectamente que, en su relación con esas otras normas a las que remite el propio artículo 10.II LEC, sí se exija –como sucede en los supuestos de legitimación extraordinaria para la tutela de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios– comprobar la legitimación material que invoca el demandante, mientras que en otros no. En lo que hace a la interpretación de esta norma en relación con la pretendida sustitución procesal, la cuestión ha de quedar, de momento, apuntada para poder retomarla más adelante al hilo del estudio de los que se suelen presentar como supuestos de

⁷² Así, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal...*, I, 4ª ed., Madrid, 1955, p. 168; y, en el mismo sentido y contexto aunque más recientemente, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA sostuvo que «la exigencia de que el presupuesto procesal de la legitimación se demuestre especialmente sólo tiene sentido en los casos en que la titularidad de la legitimación no se corresponde con la titularidad de la relación jurídica material, es decir, en aquellos casos en que figura en el proceso no una parte directa, sino una parte indirecta, bien por representación, bien por sustitución» («Consideraciones del principio de prueba y de la legitimación «ad causam»», *La Ley*, 1988, núm. 4, p. 842).

sustitución procesal, aunque no está demás señalar que la cuestión de si bastan las *manifestaciones* de legitimación o su constatación positiva en el proceso es ajena a la determinación de si la legitimación es de tipo ordinario o extraordinario, como se verá seguidamente.

5. La división formal entre la legitimación ordinaria y la extraordinaria en el artículo 10 LEC: criterio meramente convencional en relación con un tratamiento procesal anticipado

§. Sin perjuicio de la utilidad de la distinción entre legitimación procesal y legitimación material, cabe plantearse si lo que no está bien resuelto es el propio artículo 10 LEC. A mi modesto entender, su lectura es engañosa, porque la distinción formal que el artículo 10 LEC traza entre legitimación *ordinaria* y legitimación *extraordinaria* no guarda, pese al tenor y estructura de la norma, simetría con los supuestos en que basta la legitimación *in statu manifestationis* para conferir «legitimación procesal», de aquellos otros supuestos en los que – para el mismo fin– se requiere la constatación de «legitimación material», independientemente de que se trate de una legitimación ordinaria o extraordinaria.

Para comprobarlo basta con señalar algunos supuestos en los que antes del dictado de la sentencia de fondo se debe verificar la legitimación activa del demandante; la razón –sólo se apunta– parece no radicar tanto en la facilidad de la constatación de la legitimación activa (o, mejor, de su falta), cuanto en la eficacia *ultra partes* que se predica de la sentencia en estos supuestos.

§. El artículo 757 LEC es una muestra de que el legislador ha querido restringir la legitimación “para promover” –dice el precepto– la declaración de incapacidad de una persona a ciertos sujetos: si el presunto incapaz es menor de edad, sólo a «quienes ejerzan la patria potestad o la tutela» (aptdo. 4); y si es mayor de edad, al presunto incapaz (desde la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), a «el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz», y, por último, al Ministerio Fiscal si «estas personas no existieran o no la hubieran solicitado». A otras personas distintas de las señaladas –que están tomadas, fundamentalmente, de los derogados artículos 202, 203, 203 y 294 CC– se les niega legitimación, como sucede en los procesos de incapacitación promovidos por sobrinos o por otros parientes o allegados no incluidos en la previsión del aptdo. 1 del artículo 757 LEC⁷³.

Todavía bajo la vigencia de la LEC de 1881 el Tribunal Supremo, en su [STS \(Sala 1ª\) núm. 681/2004, de 7 de julio de 2004 \(rec. 394/2001\)](#), anuló una sentencia de incapacitación absoluta patrimonial de tres hermanas en un proceso promovido por una sobrina carnal de las presuntas incapaces. La

⁷³ El tenor del artículo 10 LEC, con su mención a la titularidad del «objeto litigioso», ha conducido a la doctrina a incardinar estos supuestos en la legitimación de tipo ordinario, esto es, del párrafo I, como se verá más adelante (*infra* Cap. VI, Secc. I, epígrafe 5.3.1. Extrapatrimonialidad y acciones constitutivas de estado y capacidad de las personas, pp. 383 y ss.).

demandante –dice la sentencia– «carecía legalmente de legitimación para pedir su incapacitación» y la estimación de este defecto condujo a casar la sentencia de apelación y a desestimar la demanda «por falta de legitimación activa de dicha demandante y sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa legal de incapacidad». Esta precisión era necesaria, porque el artículo 1252 CC, derogado por la LEC de 2000, afirmaba que «*en las cuestiones relativas al estado civil de las personas (...) la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado*», lo que especialmente afectaba a los sujetos legitimados que no hubieran sido parte en el proceso, y porque, con la entonces extendida opinión de que la cosa juzgada se formaba sobre el fallo de la sentencia y no sobre sus fundamentos jurídicos, un pronunciamiento tal que se limitara a desestimar la demanda sin expresar que la causa de la desestimación se hallaba en la falta de legitimación activa podría ser erróneamente interpretado en el sentido de excluir un segundo proceso sobre lo mismo pero iniciado por alguno de los sujetos que sí ostentan legitimación.

Con la LEC, la falta de legitimación de otros sujetos distintos de los indicados en el artículo 757 LEC es también controlada de oficio dentro del proceso, e incluso se ha llegado a aceptar *in limine litis* en el momento de la admisión a trámite de la demanda⁷⁴. Pero la razón de este control anticipado sobre la falta de legitimación activa no radica ya en la inconveniencia de dictar una sentencia que despliegue *erga omnes* eficacia de cosa juzgada material, puesto que el aptdo. 3 del artículo 222 LEC anuda *de lege lata* esa eficacia no a la sentencia, sino a «su inscripción o anotación en el Registro Civil», lo que presupone la estimación de la demanda y, con ella, la alteración del estado civil preexistente; dicho de otro modo, la sentencia desestimatoria, por no suponer una alteración del estado civil inscrito, carece de acceso registral. La razón es, más bien, que, de un lado, no tiene ningún sentido tramitar un proceso completo, con la audiencia de parientes, el examen del pretendido incapaz y el dictamen pericial médico que impone como preceptivos el artículo 759 LEC, para terminar, de otro lado, apreciando en la sentencia que, aunque el pretendido incapaz esté afecto por una merma de capacidades que determinaría la limitación de su capacidad de obrar, no se estima la demanda por falta de legitimación activa de una sobrina. Una lectura poco atenta del artículo 222.3 LEC podría inducir erróneamente a extender a todos y, en particular, a los sujetos que sí ostentan legitimación, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material de una sentencia *desestimatoria* de la incapacitación de una persona.

⁷⁴ Así, el [AAP Gerona \(Secc. 2ª\) núm. 207/2002, de 31 de diciembre de 2002 \(rec. 581/2002\)](#), en un caso de incapacitación promovido por una sobrina, que alegó hallarse entre las «situaciones de hecho asimilables» a las del cónyuge (artículo 757.1 LEC), con un *status de facto* de convivencia en la misma vivienda y de forma desinteresada y altruista. El Juzgado, primero, y la Audiencia Provincial, después, inadmitieron –con razón– la demanda de la sobrina por –a todas luces– no tratarse de un tipo de convivencia *more uxorio*, ni encontrarse la sobrina entre los parientes del artículo 757.1 LEC. Y ello, pese a que el artículo 403 LEC únicamente permite inadmitir a trámite las demandas «en las causas y por las causas expresamente previstas en esta Ley (apdo. 1), entre las que no se encuentra la falta de legitimación de las partes por y frente a quienes se dirige.

§. En los supuestos de legitimación extraordinaria para la tutela de intereses colectivos de consumidores y usuarios, es decir, «cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables», el aptdo. 2 del artículo 11 LEC confiere la legitimación «a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios afectados».

Este precepto, puesto en relación con los artículos 221 y 222 LEC, determina que a la legitimación de las «asociaciones de consumidores y usuarios» –no a la otros sujetos también legitimados– se anuden dos efectos diferentes que desbordan los límites subjetivos del proceso: de un lado, el de la extensión *ultra partes* de la sentencia, con independencia de su signo, «a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11» (artículo 222.3.I LEC); y, de otro lado, el de la delimitación subjetiva de los pronunciamientos favorables de la sentencia, que el artículo 221 LEC recoge como reglas especiales de la sentencia estimatoria dictada en un proceso promovido por una asociación de consumidores y usuarios. Puesto que el presupuesto de ambos efectos es que el proceso haya sido instado por una «asociación de consumidores y usuarios», de ello se sigue que no han de bastar las meras afirmaciones de legitimación, sino la comprobación de la legitimación material extraordinaria antes del dictado de la sentencia, puesto que demorar su análisis a la sentencia para terminar negándola implicaría –*ex* artículo 222.3.1 LEC– que a los singulares consumidores y usuarios perjudicados la cosa juzgada material en sentido negativo o excluyente les impediría iniciar y seguir un segundo proceso.

Así, el control de esta legitimación puede pasar por comprobar, dentro del proceso, que la asociación de consumidores se halle inscrita como tal, no en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, sino –por tratarse de una asociación específica portadora de intereses colectivos en materia de consumo– en el Registro también específico dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo⁷⁵.

§. Por eso, como decía al principio de este epígrafe, es preferible centrarse, con visión pragmática, en determinar en qué casos la falta de legitimación –así ordinaria como extraordinaria– puede ser tratada *como* un «óbice procesal», a fin de evitar un proceso absolutamente inútil o sumamente perturbador.

⁷⁵ Así, se ha negado legitimación para la tutela colectiva de consumidores y usuarios a la “Asociación de Inversores Perjudicados por la Inversión en Fondos Optimal”, por no ser «una asociación de consumidores y usuarios, como expresamente reconoció la misma en su escrito (...), por ello no se encuentra inscrita en el Registro correspondiente del Ministerio del Sanidad y Consumo, sino en el Registro pertinente dependiente del Ministerio del Interior, resultando que este cierto y expreso reconocimiento por tal entidad de no ser una asociación de consumidores y usuarios» ([AAP Madrid, Secc. 21ª, de 17 de enero de 2013, rec. 353/2011](#)).

5.1. LEGITIMACIÓN ORDINARIA Y AFIRMACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA «RELACIÓN JURÍDICA U OBJETO LITIGIOSO»

§. Como se ha dicho⁷⁶, el artículo 10 LEC traza, en los dos párrafos que lo componen, la distinción –al menos, formalmente– entre una legitimación de tipo ordinario y una legitimación de tipo extraordinario o indirecto. En esta última se incardinaría la legitimación *por sustitución* que nos ocupa o sustitución procesal; pero, antes, es conveniente efectuar algunas precisiones sobre la legitimación llamada *ordinaria* que el párrafo primero del artículo 10 LEC conecta con la afirmación de la titularidad de la «relación jurídica u objeto litigioso».

§. Superadas las teorías monistas sobre la acción que creyeron ver en ella una forma de *ejercicio* del derecho subjetivo privado de suerte que la legitimación se confundía con la titularidad del derecho subjetivo privado, hubiera resultado un anacronismo que el artículo 10 LEC emparentara la legitimación con la titularidad del derecho subjetivo privado, máxime cuando ni siquiera esta noción es aplicable a muchas de las situaciones legitimantes que se tienen por ordinarias.

La expresión «relación jurídica litigiosa», a la que ya aludía nuestra doctrina para presentar la legitimación ordinaria⁷⁷, unida a la mención del «objeto» litigioso –que pudiera parecer enigmática, como apunta MONTERO AROCA⁷⁸–, son términos notablemente más amplios que el de «derecho subjetivo». ORTELLS RAMOS lo expresa de una forma muy precisa al afirmar que “la legitimación es un requisito subjetivo, pero no sólo eso. Su existencia depende de una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal”; y también DE LA OLIVA SANTOS vincula la legitimación “con los concretos objetos de unos procesos”. Tras aquella expresión subyace la idea de que el proceso civil está preordenado a resolver controversias o conflictos privados entre sujetos y también a dispensar –siempre a instancia de parte– la aplicación del Derecho objetivo privado en determinadas situaciones antijurídicas. No lo

⁷⁶ O, al menos, existe este entendimiento en la doctrina. Así, por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, Madrid, 2012, p. 420; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, Madrid, 2012, p. 86; CORDÓN MORENO, “Artículo 10. Condición de parte procesal legítima”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Armenta Deu, Cerdón Moreno, Muerza Esparza y Tapia Fernández, t. I, 2ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 167; GARNICA MARTÍN, “Artículo 10”, *loc. cit.*, p. 153-154; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *cit.*, pp. 81 y 164, nota 246.

⁷⁷ Así, antes de la LEC, GUASP presentaba la legitimación ordinaria como ser «titularidad de la relación material deducida en el proceso» (*Comentarios...*, *cit.*, pp. 122-123); GÓMEZ ORBANEJA, como el «ser los sujetos de la relación jurídica material deducida en juicio» no en cuanto existente «sino en cuanto deducida» (*Derecho procesal civil*, I, *cit.* p. 142); y MUÑOZ ROJAS afirmaba que «si la legitimación no es un presupuesto procesal, hay que convenir que hace referencia a la relación jurídico-material u objeto litigioso» (“Parte y justa parte en el proceso civil”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre-diciembre 1960, p. 65).

⁷⁸ MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *cit.*, pp. 152, 183-184

expresa el artículo 10 LEC con claridad (tampoco era preciso expresarlo), pero es lo que, en los términos *subjetivizados* del artículo 10 LEC, comporta el tener por «parte procesal legítima» a quienes se presenten como «titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», que es a quienes de forma directa habrá de afectar normalmente la decisión pretendida (artículo 5.2 LEC), y el modular, simultáneamente, los límites subjetivos de la cosa juzgada material en función de cuál haya sido su objeto (artículo 222.3 LEC).

Centrándonos ahora en los notablemente amplios términos de «relación jurídica u objeto litigioso», el artículo 10.I LEC conduce a calificar como *ordinaria* la legitimación consistente en la subjetividad de las siguientes situaciones materiales que se tienen por tal.

5.1.1. Legitimación ordinaria y afirmación de la subjetividad de la relación jurídica litigiosa

§. En primer lugar, el párrafo I del artículo 10 LEC toma como ordinaria la legitimación basada en la titularidad –mejor, en su afirmación– de un derecho subjetivo privado (y, correlativamente, en una obligación o deber jurídico privado en el lado pasivo). El artículo 10.I LEC no menciona expresamente la «titularidad del derecho subjetivo» o de la «obligación», pero se encuentra implícita en la mención a la titularidad de la «relación jurídica litigiosa», puesto que es de ésta de donde surgen los derechos y las obligaciones que es de los que, en puridad, cabe realizar afirmaciones de *titularidad* que sustenten en concreto la pretensión que se ejercita.

Ésta es la legitimación más común, la que se suele invocar en la mayor parte de los casos, y la que se corresponde con las muchas definiciones de la legitimación como titularidad del derecho subjetivo privado que se hace valer en el proceso o, si se quiere, de la afirmación de esa titularidad. La ley toma por normal que la tutela jurisdiccional de un derecho jurídico privado se dispense sólo *a favor* de su titular y sólo *frente* a quien está obligado con él; pero, puesto que eso sólo es conocido en la resolución definitiva de fondo, en el proceso se han de considerar suficientes las afirmaciones de titularidad activa y pasiva que el demandante realice al formular su pretensión⁷⁹. De esta manera el proceso civil cumple así su *esencia* –la primordial- de constituir el medio para la tutela de los derechos e intereses jurídico–privados.

⁷⁹ La cita sobre los autores que refieren la legitimación ordinaria a la titularidad o a la afirmación de titularidad del derecho subjetivo resulta inabarcable. Por todos, *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I...*, cit., p. 417; MORÓN PALOMINO, *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*, Madrid, 1993, p. 220; MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 154–155; CORDÓN MORENO, “Anotaciones acerca de la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 315–319, “De nuevo sobre la legitimación”, *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm. 1, pp. 48 y 66–68. Y para la doctrina italiana, *vid.*, entre otros, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, p. 160; E. ALLORIO, “Diatriba breve sulla legittimazione ad agire”, pp. 218–220; ATTARDI, “Legittimazioni ad agire”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IX, 1957, p. 722, y, más recientemente, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, t. X, 1993, p. 525; TOMEI, “Legittimazione ad agire”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, Milán, p. 71; G. COSTANTINO, “Legittimazione ad agire”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, pp. 3 y ss.

Esta clase de legitimación es particularmente evidente en materia de *relaciones jurídico-patrimoniales*⁸⁰, en las que la legitimación activa y pasiva corresponde a quienes –respectivamente– dicen ostentar las posiciones de poder –derecho o facultad– y de obligación o deber jurídicos en la relación material que se deduzca como fundamento de la pretensión.

§. La expresión «relación jurídica» en el artículo 10.I LEC muestra, con su amplitud, su idoneidad para comprender tanto las relaciones jurídicas *negociales* –por excelencia, un contrato–, como aquellas otras en las que el vínculo jurídico entre los sujetos –que entre ellos no existía– es creado por el Derecho material para atribuirle las consecuencias patrimoniales deseadas por el legislador. Ambas son «relaciones jurídicas», de carácter obligatorio, en las que la legitimación de las partes –con arreglo al artículo 10.I LEC– debe reputarse ordinaria.⁸¹

En las relaciones jurídicas patrimoniales, la legitimación está constituida por la investidura jurídica del sujeto dentro de la relación misma y suelen ser las normas materiales las que, en abstracto, señalan esta legitimación, unas veces de forma explícita (v. gr., a favor del donante, sus hijos y descendientes para revocar una donación por superveniencia o supervivencia de hijos *ex* artículo 646 CC) y otras veces de forma implícita en la configuración de los derechos y obligaciones de las partes (v. gr., la legitimación del comprador, para obtener una sentencia que condene a la entrega del bien).

A este esquema, por ejemplo, responde la legitimación del perjudicado para ejercitar la llamada «acción directa» frente al asegurador en el seguro de responsabilidad civil al amparo del artículo 76 LCS (o, en materia de circulación de vehículos a motor, la del artículo 7 del RDLeg 8/2004, de 29 de octubre). Esta llamada «acción» es un derecho subjetivo material –de carácter

⁸⁰ Por relación jurídico-patrimonial tomamos la definición de DÍEZ-PICAZO como «situación que en la vida social se establece entre dos o más personas como un cauce idóneo para la realización de unos fines o intereses que son dignos y merecedores de tutela, (...) que es por ello disciplinado y organizado unitariamente por el ordenamiento jurídico (...) [y que] versa sobre bienes o intereses que poseen naturaleza económica» (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, pp. 55-56).

⁸¹ Por eso, no es correcto considerar, como lo ha hecho la [SAP Orense, Secc. 2ª, de 26 de junio de 2001, rec. 205/2001](#) (citada por J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 158), que carecen de legitimación los coherederos que demandan a otro coheredero para que se declare la obligación de éste de contribuir a los gastos procedentes de la gestión profesional encomendada a y realizada por dos profesionales en interés de la herencia, en el erróneo entendimiento de que se están ejercitando los derechos de crédito de este tercero. En contra de lo que dice la sentencia [«lo pretendido por el demandante no es sino el reconocimiento de unos derechos pertenecientes a terceros (...) resulta evidente que las demandantes no están activamente legitimadas para obtener un pronunciamiento estimatorio de un derecho que no les pertenece»], ni se está deduciendo la relación jurídica *del tercero*, ni se están ejercitando *sus* derechos; se está pidiendo, por unos coherederos, que se declare la obligación de otro de ellos de contribuir al pago de un gasto que –según los datos que proporciona la sentencia– los actores consideran común en razón de la comunidad hereditaria (en la sentencia ni siquiera se menciona una eventual condena al pago). Ésta es la «relación jurídica litigiosa» que determina, en los términos del artículo 10.I LEC, el carácter ordinario de la legitimación de las partes en el supuesto de la sentencia, aunque la Audiencia Provincial de Orense –erróneamente– se la negara.

indemnizatorio— del mismo perjudicado frente a la aseguradora, y no una legitimación extraordinaria en virtud de la cual el perjudicado ejercite los derechos contractuales del deudor asegurado frente a la aseguradora, aunque no siempre se ha visto así⁸².

Lo mismo cabe decir del asegurador al que el artículo 43 LCS permite, una vez que ha pagado la indemnización, «ejercitar los derechos y las acciones que por razón del sinistro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización». Pese a que también aquí la jurisprudencia y parte de la doctrina han relacionado esta acción de repetición con la acción subrogatoria y, bajo su influjo, la han incluido entre los supuestos de legitimación extraordinaria, debe estimarse con otra parte de la doctrina y con el propio TS que se trata de una acción específica, propia y autónoma, a favor del asegurador, al que no se le provee de una legitimación de tipo extraordinario respecto del derecho o la relación ajenas, sino que ostenta una legitimación ordinaria respecto de un derecho propio, el de repetir.

§. En el ámbito de los derechos reales, también de contenido patrimonial, las cosas de desenvuelven de una forma un poco más compleja por la variedad y naturaleza de estos derechos, que evidencian que la acción no es puro ejercicio del derecho subjetivo real. Primero, porque el derecho real consiste con eficacia *erga omnes* en el uso, la tenencia, la explotación o el disfrute de la cosa misma, mientras que la «relación jurídico—real» no puede constituirse sino entre personas y, en particular, entre personas *concretas*⁸³, no entre el titular y todos los extraños universalmente obligados; y, segundo, porque el ordenamiento jurídico tutela también la mera situación fáctica de poder sobre la cosa, como sucede con la posesión, en la que la doctrina civilista distingue un *ius possessionis* o de tenencia y goce inmediatos por el tenedor, en contraposición al «derecho de poseer» del titular del derecho real o *ius possidendi*. Discutida o no la configuración dogmática de estos *iura*, lo que sí se advierte es la existencia de una «relación jurídico—real», entendida como una relación entre personas sobre la cosa disciplinada por el ordenamiento jurídico; y de esta relación jurídico—real cabe igualmente predicar que en sus extremos se encuentran sujetos cuya legitimación, conforme al artículo 10.I LEC, ha de tenerse por ordinaria.

Si esto es así, cabe ya adelantar que la legitimación del acreedor pignoraticio que ejercita —según el artículo 1869.II CC— «las acciones que competen al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla frente a terceros» no entraña una legitimación extraordinaria o por sustitución, sino que el acreedor pignoraticio es titular *iure proprio* de su propio derecho a reclamar o defender la cosa frente a terceros... y frente al mismo propietario si éste fuera el perturbador.

⁸² Sobre todo ello *vid. infra* Cap. VII, epígrafe 5. Acciones directas en materia de contratos, pp. 517 y ss.

⁸³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho del Derecho civil patrimonial*, I, *cit.*, p. 56 y OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, Madrid, 2012, p. 418 (*vid. también*, para su concepto amplio de la legitimación alejado de la titularidad del derecho subjetivo en la posesión, su *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, p. 154).

5.1.2. Legitimación ordinaria y afirmación de titularidad del «objeto litigioso»

§. Se explica también como *ordinaria*, en segundo lugar, la legitimación de aquellos sujetos que no se sustenta propiamente en la titularidad de un derecho subjetivo privado (ni en su afirmación), porque el ordenamiento no reconoce la existencia de ninguno como tal o porque es de muy difícil definición un derecho de aquel carácter, aunque la legitimación se basa en la subjetividad de una relación jurídico-material⁸⁴.

El parámetro legal de la titularidad o ajenidad de la relación jurídica objeto del proceso obliga a plantearse cuál es el encuadramiento sistemático de aquellas legitimaciones atribuidas específicamente por la ley a determinados sujetos y referidas, por lo general, a pretensiones de naturaleza declarativa y constitutiva (fundamentalmente, acciones impugnatorias de negocios y actos jurídicos y acciones relativas a la capacidad y estado civil de las personas, filiación, matrimonio y menores).

§. Históricamente estos supuestos se han explicado acudiendo al concepto de *derecho potestativo*, de suerte que la titularidad de la acción podía entenderse como un reflejo de la titularidad de esta clase de derechos, lo que, en su momento, salvaba la dificultad dogmática de la existencia de *acciones puras*, como decía CHIOVENDA⁸⁵, o de acciones que no presuponen la titularidad de un derecho subjetivo material previo, como, por ejemplo, la acción de incapacitación.

La teoría de los derechos potestativos enseña, básicamente, que existen poderes que consienten a su titular constituir, modificar o extinguir una situación jurídica preexistente mediante un acto de su voluntad afectando con ello a la esfera jurídica de otro sujeto que se encuentra en una situación de sujeción⁸⁶. Sin embargo, no han sido pocas las críticas que se han dirigido a esta nueva clase de derechos y en la actualidad, tanto en la dogmática civil como en la procesal, puede decirse que se trata de una categoría en crisis⁸⁷. En el campo

⁸⁴ Pues, en efecto, «el concepto de relación jurídica pertenece a la teoría general del derecho» y constituye «un nexo entre sujetos jurídicos, que existe en virtud del derecho objetivo y que el derecho objetivo regula» (GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 7). El artículo 10 LEC ha querido, sin embargo, aludir a estas situaciones también llamadas antes «derecho sin acción» empleando el término «objeto litigioso» en la consideración de que en las tutelas constitutivas propias de las que después se hablará el objeto del proceso es la creación misma, su modificación o la extinción de tal relación jurídico-material, pese a que los sujetos legitimados activa y pasivamente no sean titulares de un derecho, aunque sí sujetos —en sentido amplio— de aquélla.

⁸⁵ Vid. G. CHIOVENDA, “L’azione nel sistema dei diritti”, *loc. cit.*, pp. 20-25, donde acuña el término *derechos potestativos*, los define como derechos-medios que se agotan con su ejercicio, y los ejemplifica con su noción de acción.

⁸⁶ Vid., sobre derechos potestativos, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, pp. 410-411; G. MESSINA, “Diritti potestativi”, en *Scritti giuridici*, t. V, Milán, 1948, pp. 54-55; y B. CARPINO, “Diritti potestativi”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. XI, Roma, 1989, *separata*, p. 1.

⁸⁷ En la dogmática civil la mayor crítica que se dirige a estos «derechos potestativos» es el constituir una categoría informe, que agrupa supuestos que no guardan relación entre sí ni son

del Derecho procesal, que es el que ahora importa, GÓMEZ ORBANEJA observó que los supuestos en los que la ley atribuye un derecho potestativo a quien no es sujeto de la relación afectada por su ejercicio presentan dificultades para calificar su legitimación como *propia*⁸⁸; pero como *propia* se considera la legitimación en estos casos por la mayoría de la doctrina procesalista española, por propia la tiene el párrafo primero del artículo 10 LEC con su alusión a la titularidad del «objeto litigioso», pese a que se haya ya abandonado –al menos, en el Derecho procesal– la noción de derecho potestativo al cambio jurídico.

La certera explicación que suelen recibir estos supuestos es que respecto de ellos no puede decirse que se ejercita un *derecho ajeno*, porque, sencillamente, «no existe tal derecho (o de haberlo, sería de muy polémica configuración)»⁸⁹. Lo que existe son *situaciones jurídicas* «respecto de las cuales no pueden hacerse afirmaciones de titularidad de derechos subjetivos»⁹⁰. Por lo tanto, es la ley –y en algunos casos la labor de la jurisprudencia– la que reconoce legitimación a quienes, por encontrarse en una determinada situación, ostentan un interés legítimo en obtener la tutela jurisdiccional concreta. De ahí que se sostenga que son supuestos de legitimación ordinaria o propia o, por lo menos, que son ajenos a los conceptos de legitimación extraordinaria y de sustitución procesal⁹¹, aunque pudieran asemejarse a esta última en la tipicidad legal de la legitimación, lo que ha inducido a algunos autores –los menos en la doctrina española– a englobar estos supuestos dentro de la figura de la sustitución procesal⁹².

Así pues, puesto que respecto de los mismos no puede afirmarse ni la pertenencia ni la ajenidad de un derecho subjetivo privado; y porque, consecuentemente, tampoco puede decirse que haya un sujeto *sustituido*, convendría mantener la separación conceptual entre estos supuestos y los relativos a la sustitución procesal. Adviértase, además, que respecto de algunos de estos supuestos –básicamente, aquellos en los que el cambio jurídico puede alcanzarse extrajudicialmente mediante la voluntad de los interesados, aunque no sólo éstos; piénsese, por ejemplo, en las acciones impugnatorias– cabría también imaginar que se produzca una sustitución procesal, lo que da cuenta de la separación de ambas figuras.

§. Responden a esta noción de legitimación ordinaria que ahora nos ocupa los casos, legalmente establecidos, en que ciertos sujetos pueden ejercer acciones

susceptibles de una categorización sistemática. Piénsese que entre ellos se incluye el propio derecho de acción tal y como lo formuló CHIOVENDA.

⁸⁸ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, cit., p. 143.

⁸⁹ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., p. 128.

⁹⁰ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, cit., p. 40.

⁹¹ Así, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., p. 128; J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, cit., p. 47; M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 159; T. LÓPEZ FRAGOSO, *Proceso civil práctico*, cit., pp. 169-170.

⁹² Para ATTARDI (“Legittimazione ad agire”, *loc. cit.*, p. 722) constituye un supuesto de sustitución procesal la legitimación de los parientes y de los terceros interesados que impugnan la filiación matrimonial de una persona.

constitutivas en el ámbito del estado civil y de las relaciones familiares, a pesar de no ser ellos los directamente concernidos por el pronunciamiento judicial que se pretende. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la legitimación en las acciones de estado para determinar o impugnar la filiación (artículos 131 y ss, CC), instar la separación (artículo 81 CC), el divorcio (artículo 86 CC) o la nulidad del matrimonio (artículos 74-76 CC), y promover la declaración de incapacidad o de prodigalidad de una persona (artículo 757 LEC) o la reintegración de su capacidad (artículo 761.2 LEC).

La legitimación se confiere en estos casos a los sujetos indicados por la norma con fundamento en la relación jurídica –normalmente familiar– en que se encuentran aquéllos. Se trata de situaciones en las que el concepto de *relación jurídica* –y no el de *derecho subjetivo*– «puede prestar mayores servicios»⁹³, aunque también ha sido explicado en términos de titularidad de –un discutido– derecho *potestativo al cambio* que no puede ser ejercitado más que a través de los tribunales^{94 95}.

Ahora bien, importa destacar que, en estos casos, los sujetos legitimados actúan ejercitando una facultad propia, que les ha sido conferida a ellos por razones que el legislador considera adecuadas: no son, en consecuencia, supuestos que pudieran encajar dentro de una eventual categoría jurídica de sustitución procesal.

§. Mención aparte merece la legitimación del Ministerio Fiscal respecto de determinadas tutelas jurisdiccionales tipificadas por la ley. Se trata de un supuesto cercano a los anteriores, por cuanto en muchos casos la legitimación del Ministerio Fiscal se confiere respecto de acciones constitutivas a las que no subyace un derecho subjetivo privado, pero que, paradójicamente, se suele calificar como legitimación extraordinaria, en atención a que la legitimación al Ministerio Fiscal se confiere atendiendo al carácter público o social –y no privado– del interés que se trata de tutelar⁹⁶. Volveremos sobre esta cuestión más adelante al tratar la legitimación para ejercitar la acción de nulidad matrimonial⁹⁷.

⁹³ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, reed. Madrid, 1984, p. 555.

⁹⁴ Así, por ejemplo, ha explicado estos supuestos como de titularidad de un derecho potestativo al cambio GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho procesal civil*, I, p.143); *Vid.*, sobre los mismos, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*”, en *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, pp. 20 y ss, y E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, *cit.*, pp. 90-92.

⁹⁵ *Vid.* OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, *cit.*, pp. 155 y 156.

⁹⁶ Ésta es la visión que puede considerarse mayoritaria en nuestra doctrina. Así, J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, p. 71-72; M. LOZANO-HIGUERO PINTO, “Artículo 10”, *loc. cit.*, p. 155; M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, J. M. RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBÁU, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *cit.*, pp. 154-155;

⁹⁷ *Vid. infra* Cap. VII, epógrafe 7. La legitimación del Ministerio Fiscal y de terceros con interés legítimo para pedir la nulidad del matrimonio, pp. 532 y ss.

5.1.3. El «interés legítimo» como posición legitimante en el Derecho privado

§. Aunque la titularidad del derecho subjetivo privado no ha dejado de ser el normal fundamento de la legitimación, no puede ignorarse que, además de la titularidad del derecho subjetivo privado, la protección de los tribunales comprende también la tutela de otras situaciones atípicas de poder jurídico basadas en conceptos distintos al de «derecho subjetivo», como la noción de «interés». O en otros términos, el fundamento de la acción, en cuanto derecho subjetivo público, puede residir o en un derecho subjetivo privado, o en una situación de interés legítimo.

El problema radica, claro está, en que estas situaciones de interés son, por lo general, relaciones jurídicas innominadas, lo que –como ha advertido cierta parte de la doctrina italiana⁹⁸– hace de ellas terreno abonado para la hipertrofia. No obstante, se advierte también un esfuerzo del legislador en definir las, precisamente con ocasión de ciertas leyes especiales que definen acciones a las que no subyacen derechos subjetivos *stricto sensu* (por ejemplo en materia de competencia desleal o de publicidad).

Por otra parte, tampoco puede dejar de recordarse que el artículo 24.1 CE engloba todas las situaciones jurídicas susceptibles de merecer protección judicial: la titularidad de auténticos derechos subjetivos y la titularidad de un círculo más amplio de intereses que componen el ámbito vital de la persona; en este sentido, encuentra respaldo constitucional la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, que supera la distinción entre ambas situaciones, reconociendo al titular de intereses legítimos un verdadero derecho público subjetivo cuya funcionalidad consiste en la salvaguardia de dichos intereses «reaccionales o impugnatorios»⁹⁹.

§. A modo de recapitulación, puede sostenerse que el *quid* de la titularidad de la relación jurídica litigiosa –fundada en la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo– es la pieza clave para discernir, según el artículo 10 LEC, entre legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria –sector éste al que pertenecería la sustitución procesal–.

Según esta interpretación, la legitimación ordinaria, consistente en la particular relación del sujeto con el objeto del proceso, se resuelve en ser *sujeto*, en ser *persona directamente interesada* en la relación jurídica sobre la que versa el proceso.

Ciertamente, esta interpretación evoca aquella otra que identificaba a las partes de la relación jurídica, esto es, a las partes llamadas *materiales*, con los sujetos

⁹⁸ Vid., L. BIGLIAZZI, “Interesse legítimo: Diritto privato”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, t. IX, Turín, p. 529.

⁹⁹ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6. En contra, aunque no son contradictorias, algunos autores vinculan la legitimación por interés con la legitimación indirecta. Así, por ejemplo, JUAN SÁNCHEZ, “El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento crítico*, 2012, núm. 1 [disponible v.e. en <http://0-www.tirantonline.com.cisne.sim.ucm.es/tol/documento/show/2304839>].

que debían ser parte en el proceso, llamados partes *formales*. Esta equiparación se encuentra en la actualidad superada, porque destaca excesivamente el carácter adjetivo o accesorio del Derecho procesal respecto del material, propio de épocas pretéritas, y, también, porque el carácter exclusivamente procesal y formal del concepto de parte es incompatible con definirlo con arreglo al criterio de la pertenencia o la ajenidad del interés o derecho material al que se refiera el proceso. Sin embargo, entiendo que se trata de una interpretación correcta en los términos en que está redactado el artículo 10.I LEC que, al menos formalmente, traza la distinción entre la legitimación ordinaria y la extraordinaria en ese criterio: el de ser o no –o afirmarse– *parte material* en la relación jurídica sustancial.

5.2. CARACTERIZACIÓN LEGAL DE LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA O INDIRECTA

§. Si se tiene en cuenta lo dicho hasta ahora, puede parecer inevitable considerar que, de existir, la sustitución procesal habría de encuadrarse dentro de aquello que ha venido en llamarse legitimación extraordinaria o legitimación indirecta, a la que alude la LEC en su artículo 10 II. En este sentido, se ha llegado a decir del pfo. segundo del artículo 10 LEC que, perfeccionado, está inspirado en el artículo 81 c.p.c.¹⁰⁰, que, bajo la rúbrica *Sostituzione processuale*, dispone que «*fuera de los casos expresamente previstos en la Ley, nadie puede hacer valer en el proceso, en nombre propio, un derecho ajeno*». Se trata, claramente, de una exageración un tanto voluntarista: en efecto, si según el pfo. primero la legitimación ordinaria se mide por el metro de la titularidad de la relación jurídica, el pfo. segundo se limita a servir de portada general para todos los casos de ruptura entre titularidad de la relación jurídica litigiosa y atribución de legitimación.

El artículo 10.II LEC da así carta de naturaleza a todos a aquellos casos –que no tienen por qué ceñirse al ámbito de la sustitución procesal– en los que se produce la nota común de romperse la normal coincidencia entre el sujeto legitimado y el sujeto titular de la relación jurídica u objeto litigioso. Es decir, el inciso segundo del artículo 10 LEC abarca o comprende algo más que la sustitución procesal: sirve de portada general a una categoría amplia de supuestos donde no existe la normal coincidencia entre *titularidad* y *legitimación* y que debe, *de lege lata*, quedar agrupada bajo la categoría de la legitimación extraordinaria. Por consiguiente, no es sólo y exclusivamente la sustitución procesal lo que el artículo 10.II LEC recoge y consagra, sino –insisto, *de lege lata*– la entera legitimación extraordinaria¹⁰¹, con las subdivisiones –esto es, *species* del *genus*– que después se verán.

¹⁰⁰ Así, M. LOZANO-HIGUERO PINTO, *Comentarios...*, cit., p. 148, y “Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos...”, loc. cit., p. 177.

¹⁰¹ Cfr. M. LOZANO-HIGUERO PINTO, *Comentarios...*, cit., p. 149; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Proceso civil práctico*, t. I (artículos 1 a 98), Madrid, 2002, p. 167.

§. Esta legitimación extraordinaria queda caracterizada por las dos siguientes notas¹⁰², que, en principio, deberían constituir un primer filtro provisional para delimitar sus hipótesis:

1º) El sujeto que actúa con legitimación extraordinaria es *parte* que –en contraposición con lo que sucede en la legitimación ordinaria– *no es titular* de la «relación jurídica u objeto litigioso», sino un sujeto *ajeno* a esa relación o situación jurídico-material, aunque no a la tutela jurisdiccional que pide en razón de su legitimación. Y,

2º) Su legitimación obedece a una atribución legal, lo que parece consagrar la tipicidad de sus supuestos. Este segundo parámetro expresa, en realidad, que la legitimación extraordinaria es una excepción a la regla general de que cada cual defiende lo suyo y, por eso, sólo tendrá cabida cuando el legislador decide que existe fundamento suficiente para admitirlo. En algunos casos esta atribución de legitimación extraordinaria la efectúan normas procesales o, al menos, normas contenidas dentro de los “sectores procesales” de ciertos textos legales (por ejemplo, las normas sobre legitimación en legislación sectorial de consumidores). En otros casos, será una norma o varias, pero de carácter material, las que nos indican la posición legitimante (así, por ejemplo, las normas del derecho de prenda configuran –bastante defectuosamente, por cierto– la posición legitimante del acreedor pignoraticio como titular de este derecho real limitado).

Con estos dos parámetros un amplio número de supuestos entrarían dentro de lo que, a juicio de la LEC, debería considerarse más bien como un fenómeno extraordinario.

5.2.1. La característica de la “explícita ajenidad” de la atribución subjetiva del derecho material o relación jurídica deducidos en el proceso por el legitimado extraordinario

§. Según esta primera característica, el legitimado extraordinario comparece y actúa en juicio *presentándose a sí mismo* como sujeto *no titular* de la relación jurídica deducida o del derecho material en que se funda la acción. Esta primera característica envuelve o presupone la condición de parte del sujeto legitimado, como se infiere fácilmente de la lectura del artículo 10 LEC. Consecuentemente, esto significa que, ateniéndonos a la dicción legal, en la legitimación extraordinaria existe una *explícita ajenidad* de la atribución subjetiva del derecho o de la relación jurídica de carácter material deducidos en el proceso (aunque no así de la acción, que el legitimado extraordinario debe presentar como propia), sin que tal explícita ajenidad requiera fórmulas sacramentales, pues debe bastar con que la ajenidad del derecho o relación jurídica material sea reconocible.

¹⁰² Cfr. J. F. GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por M. Á. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombáu, t. I, Barcelona, 2000, p. 154.

Pues bien, esta ajenidad del derecho material o de la relación jurídica deducidos por el legitimado extraordinario comporta una serie de problemas que tienen que ver con los límites de la legitimación extraordinaria respecto de: 1º) la falta de legitimación; 2º) la existencia de legitimación ordinaria; y 3º) la figura –o, mejor, habría que decir *figuras*– de la representación. Y no siempre es fácil discernir ante qué tipo de problema estamos.

Así, v.g., si la explícita ajenidad consiste en la declaración expresa o tácita de que el derecho o relación jurídica que se hace valer en el proceso es *declaradamente ajeno*, deberían quedar fuera del ámbito de la legitimación extraordinaria los supuestos en los que el sujeto actúa en el proceso en nombre propio en virtud de un derecho presentado como propio, siendo en realidad ajeno. Por eso, no existe la sustitución procesal *tácita* o *interna*, como algún autor ha sostenido, induciendo a confusión¹⁰³.

§. Desde otro punto de vista, se ha caracterizado la ajenidad en la legitimación extraordinaria (CHIOVENDA) no por pedir la tutela para sí, sino porque la tutela garantiza un bien para otro: “*poder de pedir en nombre propio la actuación de una voluntad de ley que garantiza un bien para otro*”.

En este sentido, conviene insistir en que la ajenidad no consiste en «ejercitar en nombre propio derechos ajenos». Esta idea es muy evocadora, pero ya apuntaló SEGNI que «el fenómeno del ejercicio de derechos ajenos no existe»; existen derechos o deberes propios relativos a derechos ajenos, que hicieron decir a SATTA que «el término sustitución procesal resulta verdaderamente carente de sentido» y su descripción, una definición tautológica porque el derecho del pretendido sustituto es siempre propio.

Esto explica, según se vio en un capítulo anterior, que la opinión más extendida –bajo influjo italiano– es la que caracteriza la ajenidad en la sustitución procesal como el ejercicio en nombre e interés propio de un derecho ajeno», con la precisión adicional de que «el sustituto procesal no ejercita una acción ajena en nombre propio, sino una acción propia.

§. No obstante, la idea que subyace a este elemento caracterizador de la legitimación extraordinaria debe relativizarse: es cierto que la atribución de legitimación en estos términos puede servir para la tutela de terceros titulares de derechos conexos a la que podríamos llamar relación de fondo; sin embargo, también lo es que esta tutela, en muchos casos, también se instrumenta ya desde el puro ámbito material (p. ej., atribuyendo un *ius exigendi* en relaciones jurídico–personales, como una facultad más ínsita del derecho propio del que el tercero es titular).

5.2.2. El carácter legal de la legitimación extraordinaria

§. El inciso segundo del artículo 10 LEC exige que la atribución venga hecha por la «Ley». La razón por la que la doctrina procesalista se muestra

¹⁰³ Así, TOMMASEO (“Rappresentanza processuale. I. Diritto processuale civile”, en *Enciclopedia Giuridica* Treccani, t. XXV, p. 2), para quien la sustitución procesal *tácita* o *interna* comprende los supuestos en los que, en virtud de un negocio fiduciario, «un sujeto acciona o se defiende sin manifestar que está en juicio por un derecho ajeno».

prácticamente unánime en exigir una expresa previsión legal para conferir legitimación extraordinaria a un sujeto, se basa en la consideración de que, en un ordenamiento en el que se reconoce el principio de autonomía de la voluntad, la regla general es que sólo los titulares pueden ejercitar válida y eficazmente los derechos subjetivos privados, de manera que las excepciones a esta regla deben considerarse excepcionales y admitirse sólo en aquellos casos expresamente permitidos¹⁰⁴.

Esto ha llevado a algún autor a considerar que los supuestos de sustitución procesal son tasados y típicos, debiendo interpretarse restrictivamente¹⁰⁵. Sin embargo, en mi opinión, el término «Ley» no debe interpretarse en sentido estricto; basta, en mi opinión, con que la legitimación pueda deducirse del ordenamiento jurídico, según también es interpretado por la jurisprudencia. De lo contrario, por ejemplo, quedarían desprovistos de legitimación sujetos a los que, desde antiguo, la jurisprudencia se la reconoce: así, los terceros perjudicados por un contrato nulo, para ejercitar la acción declarativa de nulidad contractual, según el artículo 1302 CC¹⁰⁶; o, por poner otro ejemplo, de no haber sido por la labor de la jurisprudencia (llamada *de intereses*) al valorar los intereses implicados en el sector del seguro en beneficio del perjudicado o víctima, en España hubiéramos debido esperar a la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 y, posteriormente, a la Ley del Seguro del Automóvil de 24 de diciembre de 1962, para poder encontrar en nuestro

¹⁰⁴ Cfr. MONTERO AROCA, XXX....

¹⁰⁵ Así, P. GUTIÉRREZ CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, *La legitimación*, cit., «<http://www.iustel.com/cursos.asp?Id=4114466>»; en el mismo sentido, J. F. GARNICA MARTÍN, *Comentarios...*, *ibidem*.

¹⁰⁶ Sobre ello volveremos más adelante al analizar la acción subrogatoria (*infra* Capítulo VI, Sección I, aptdo. 5.3.3. El carácter personalísimo de algunas prerrogativas del deudor intermedio. La «inherencia personal» de algunos «derechos y acciones», 4º) Otros derechos y facultades del deudor intermedio. En especial, las acciones impugnatorias de contratos, pp. 389 y ss.). Ahora nótese que, de conformidad con este art. 1302 CC, sólo «pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos (...)». Sin embargo, el Tribunal Supremo viene interpretando, al decir de la [STS \(Sala 1ª\) núm. 738/2001, de 12 de julio de 2001 \(rec. 1668/1996\)](#), que «pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos a la que se refiere el artículo 1302 del CC, además de los en él contemplados, los obligados en virtud del mismo, por los terceros a los que perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual, pero no por los extraños a tal situación». Según Jesús DELGADO ECHEVERRÍA («Artículo 1.302», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XVII, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 365 y ss.), de la doctrina del Tribunal Supremo se puede inferir que la legitimación de los terceros fundada en este art. 1302 CC queda circunscrita a la acción de nulidad relativa o anulabilidad, mientras que «la posibilidad de hacer declarar la nulidad absoluta de un contrato en el que no se es parte no está contemplada en este artículo, sino que deriva del concepto y elaboración doctrinal de la nulidad absoluta» («Artículo 1302», *loc. cit.*, p. 367). Así, por ejemplo, están legitimados el curador o los representantes legales que no intervinieron en el negocio anulable o el fiador y el deudor solidario. Ahora bien, a juicio de DELGADO ECHEVERRÍA («Artículo 1302», *loc. cit.*, p. 381), cuando el fiador opone las excepciones que competen al deudor *ex* art. 1853 CC, «actúa legitimado por sustitución, ya que ejercita facultades ajenas en interés propio (por tanto, aun contra la voluntad del deudor)». A mi entender, no hay sustitución procesal, ni uso indebido de defensas ajenas, sino defensa absolutamente propia, basada en la alegación de hechos impositivos, extintivos o excluyentes de las pretensiones dirigidas contra el demandado.

ordenamiento el reconocimiento legal de una de las más representativas *acciones directas* en materia de contratos¹⁰⁷.

Para MANDRIOLI, la extraordinariedad y la limitación de la legitimación extraordinaria –y, con ella, de la de la sustitución procesal– a los casos expresamente previstos por la ley comportan la «prohibición de la llamada sustitución procesal voluntaria o disposición convencional de la legitimación»¹⁰⁸. Y éste –a mi juicio– es el sentido en el que debe ser entendido el pfo. segundo del artículo 10 LEC.

5.2.3. Especies del género de legitimación extraordinaria

§. Junto a las notas anteriores de ajenidad y atribución legal expresa, es habitual en nuestra doctrina distinguir modalidades de legitimación extraordinaria en función de la finalidad con que el legislador ha decidido atribuirla. Se dice así que en algunos casos la legitimación extraordinaria se atribuye para una mejor tutela de la posición jurídica del legitimado: en esta categoría encajaría la sustitución procesal –si es que no llega a absorberla enteramente–. En otros casos, en cambio, la atribución de legitimación extraordinaria tiene por objetivo mejorar la tutela de los sujetos que son titulares de los derechos o relaciones jurídicas litigiosos: esto es lo que sucede, notoriamente, con la legitimación que se atribuye a determinados entes para la tutela de intereses supraindividuales (de modo singular, en materia de consumidores y usuarios). Y, en fin, también pueden detectarse supuestos de legitimación extraordinaria que encuentran su apoyo en la función postulante del Ministerio Fiscal consistente en «promover la acción de la justicia en defensa (...) del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados (...) y procurar ante éstos [los tribunales] la satisfacción del interés social» (artículo 541 LOPJ).

5.3. LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA Y LOS SUJETOS DE LA PRUEBA

§. La distinción entre legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria parece tener repercusiones también en materia probatoria, como puede deducirse de la lectura de dos preceptos legales.

5.3.1. El artículo 301. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre los sujetos del interrogatorio de las partes

§. Como su propio nombre indica, la prueba de *interrogatorio de las partes* se practica con las partes del proceso. Así lo afirma el aptdo. 1 del artículo 301 LEC, como ya lo indicaba el antiguo artículo 579 LECA, que refería la prueba de confesión en juicio a «todo litigante». Pues bien, una de las varias

¹⁰⁷ El origen de las acciones puede verse en J. A. REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, cit., pp. 43-53 y en M. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989, pp. 122-127; pero sobre todas ellas volveremos también más adelante (*infra* aptdo. 5. Acciones directas en materia de contratos, pp. 517 y ss.

¹⁰⁸ C. MANDRIOLI, “Articolo 81”, *Commento al Codice di procedura civile*, dirg. Allorio, t. I, Turín, 1973, p. 927.

novedades en esta materia¹⁰⁹ es el aptdo. 2 del artículo 301 LEC, que dispone lo siguiente:

«2. Cuando la parte legitimada, actuante en juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular».

§. Se trata, en principio, de una disposición que mira directamente al fenómeno de la legitimación indirecta o extraordinaria, en cuanto permite introducir en el proceso la declaración del sustituido o del interesado individual a través del «interrogatorio de parte»¹¹⁰. Ante este problema práctico al que el anterior código no daba solución expresa, la doctrina ya había planteado en hipótesis tres posibles soluciones:

- a) Para unos autores, a la persona del sustituido debía tenersele por parte – aunque no lo fuera formalmente –, a los solos efectos de prestar la prueba de confesión en juicio¹¹¹.
- b) Para otros¹¹², en cambio, el sustituido sólo podía ser considerado tercero y, por lo tanto, lo procedente era introducir su declaración en el proceso bajo la prueba testifical, aunque esta solución rompía con la tradición heredada del derecho justiniano que impedía la parcialidad del testigo («*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*»¹¹³).
- c) Y, en fin, también hubo quienes sostuvieron la posibilidad, en cualquier caso, de introducir en el proceso la declaración del sujeto sustituido a través del expediente del artículo 587.II LECA, sobre declaración de hechos personales por parte de terceros¹¹⁴, aunque esta posibilidad fuera «extraña a la lógica»¹¹⁵ y de ella pudieran derivarse de ella efectos poco benéficos¹¹⁶.

¹⁰⁹ Hace al caso señalar, aunque sólo sea incidentalmente, que la novedad más importante en esta materia estriba en el cambio de concepción de este medio de prueba, que ha pasado a ser concebido como un verdadero *interrogatorio* de las partes, lo que no es, ni mucho menos, una mera distinción semántica respecto de la vieja «prueba de confesión», calificable con razón de anacrónica, sino una figura por completo distinta. Sobre las diferencias entre la antigua confesión judicial y el interrogatorio de las partes, *vid.* Á. BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1978, pp. 94-98. En la Exposición de Motivos de la LEC se resume sintéticamente el cambio producido y a ella me remito (*vid.* Motivo XI).

¹¹⁰ Cfr., entre otros, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao), Madrid, 2000, p. 542; J. Martín Pastor, *Derecho procesal civil* (dirig. por M. Ortelles Ramos); J. Picó i Junoy, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por A. M. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 1811; y Rodríguez Tirado, *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2003.

¹¹¹ Así, L. Prieto Castro, *Tratado...*, *cit.*, p. 315, y *Derecho...*, *cit.*, p. 315.

¹¹² Así, Bonet Navarro, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1978, p. 178; Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, pp. 266-267; Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., 1998, p. 125; J. Picó i Junoy, *Comentarios...*, *ibidem*.

¹¹³ Dig. 22.5.10, *Pomponius libro primo ad Sabinum*.

¹¹⁴ Así, Á. Bonet Navarro, *La prueba de confesión...*, *ibidem*; y M. Serra Domínguez, «Artículo 1231», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirig. por M. Albaladejo, t. XVI, vol. 2º, Madrid, 1981, p. 249.

En definitiva, todos los esfuerzos por admitir la declaración del sujeto sustituido en el proceso topaban con los obstáculos de la regulación legal de la prueba de confesión y de la prueba testifical en la LEC de 1881, retratados por SERRA DOMÍNGUEZ en los siguientes términos¹¹⁷:

«Se trata de una verdadera laguna de nuestro ordenamiento positivo, compensada sólo por la escasa frecuencia de la sustitución procesal. Si el sustituido no puede declarar en confesión en juicio por no ser parte, y tiene dificultades en declarar como testigo, por estar incurso en la incapacidad legal del artículo 1247.1 CC o en la tacha del artículo 660.3º LEC, se da la paradoja de que la persona principal interviniente en los hechos que se discuten en el proceso no puede declarar en el mismo. Dicha anómala situación sólo puede ser resuelta admitiendo la declaración del sustituido como testigo “*de iure condito*”, pero arbitrando “*de iure condendo*” la posibilidad de que el sustituido pueda declarar como parte».

§. Pues bien, esta posibilidad a la que se refiere SERRA DOMÍNGUEZ –y que ya había sido avanzada por BONET NAVARRO¹¹⁸– de que el sustituido pudiera declarar como parte en el proceso a pesar de no ostentar dicha condición jurídico-procesal, es lo que ha venido a consagrarse en el aptdo. 2 del artículo 301 LEC. Pero téngase en cuenta que en su letra no tiene cabida únicamente la sustitución procesal.

Si se observa el proyecto profesoral de 1972, coordinado por PRIETO-CASTRO¹¹⁹, nuestro artículo 301.2 LEC no se limita a asimilar a la parte al «titular de la relación jurídica controvertida», sino que también se refiere al «titular del derecho en cuya virtud se acciona». Esta última mención permite entender que también el «representante» de la parte puede declarar como parte, lo que es especialmente útil –y a veces necesario– en la representación legal y

¹¹⁵ Porque supondría que la parte confesante y el sujeto sustituido procedieran de consuno en el juicio (RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 267).

¹¹⁶ En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ (“Artículo 1231”, *ult. loc. cit.*) puso de manifiesto cómo, siendo sólo posible esa declaración de tercero a instancia del sustituto confesante, cabía imaginar el poco empleo de este expediente, «ya que la declaración del sustituido no puede beneficiarle y sí únicamente perjudicarlo».

¹¹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, “Artículo 1231”, *ult. loc. cit.*. Cfr., en el mismo sentido de poner de manifiesto las contradicciones de la LEC en los supuestos de sustitución procesal, J. MONTERO AROCA, *La prueba...*, *ibidem*.

¹¹⁸ Vid. su monografía *La prueba de confesión en juicio*, *cit.*, p. 332, donde, en sede de conclusiones, el autor propone que la declaración motivada por el interrogatorio de la parte alcance «no sólo a quien ostenta esta calidad en el proceso, sino a quien, no teniéndola, ha sido parte de la relación jurídica material. No debe ponerse trabas –concluye– a la proposición del interrogatorio frente al sustituido procesal o frente al representado voluntario».

¹¹⁹ Se trata del párrafo segundo del artículo 448 del proyecto elaborado por los profesores españoles de Derecho procesal a principios de la pasada década de los setenta, a cuyo tenor «en los casos en que la parte legitimante actuante en juicio, no sea el titular de la relación jurídica controvertida, se podrá solicitar también el interrogatorio de dicho titular» (PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, Madrid, 1974, II, p. 240). Este precepto inspiró la redacción del aptdo. 2 del art. 302 del proyecto de LEC (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 147-1, de 13 de noviembre de 1998), que pasó a convertirse, tras la tramitación parlamentaria, en el actual aptdo. 2 del art. 301 LEC, sin que a lo largo de la tramitación del proyecto se propusiera variación alguna al respecto.

dativa de menores e incapacitados, puesto que es su representante quien por ellos también interviene en el tráfico jurídico. Y ello pese a que del representante –salvo en los supuestos de legitimación extraordinaria o de legitimación representativa– no suele predicarse la condición procesal de parte.

§. Bajo la vigencia de la LECA, el elenco de supuestos que relacionó con la problemática de la prueba de confesión y la de testigos puede verse en los trabajos de Ángel BONET Y NAVARRO y Manuel SERRA DOMÍNGUEZ¹²⁰. En la actualidad, se impone la necesidad de partir de la dicción legal del artículo 301.2 LEC para fijar, a partir de ella, dos criterios o parámetros fijos para delimitar su ámbito de aplicación, a saber:

1º) Que la parte en el proceso «no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona». E, inversamente:

2º) Que dicho «sujeto de la relación jurídica controvertida» o «titular del derecho en cuya virtud se acciona» no sea parte en el juicio.

De la lectura del aptdo. 2 del artículo 301 LEC no cabe, en verdad, deducir que para su aplicación sea requisito *sine qua non* que el sujeto titular de la relación jurídica controvertida o del derecho en cuya virtud se acciona debe ser extraño al proceso en todo caso. Frente a esta interpretación cabe argumentar que el requisito se encuentra implícito en el aptdo. 2 del artículo 301 LEC, sobre todo si lo confrontamos con su aptdo. 1, que recoge la regla general consistente en que el sujeto de la prueba de interrogatorio de las partes es, precisamente, quien actúe como parte, por lo que el aptdo. 2 sería una excepción al mismo. Sin embargo, no creo que de esta confrontación entre el aptdo. 1 y el aptdo. 2 del

¹²⁰ Para BONET Y NAVARRO (La prueba de confesión en juicio, *cit.*, pp. 177-178) estaban legitimados por sustitución y, por consiguiente, debían someterse a la prueba de confesión en juicio por ser parte en el proceso: a) El usufructuario que reclama *por sí*, de conformidad con el art. 507 CC, los créditos vencidos que formen parte del usufructo; b) el usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tal y como autoriza el art. 486 CC; c) Ee acreedor que actúa en vía subrogatoria *ex art.* 1111 CC; d) el marido, cuando el proceso versara sobre bienes gananciales; e) los síndicos de la quiebra y del concurso de acreedores; f) el administrador del abintestato o, en su caso, el albacea testamentario; y g) el condómino que actúa *por sí* y en beneficio de la comunidad.

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ (“Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 231-232, al que el autor se remite, en cuanto a los supuestos de sustitución procesal, en *Artículo 1231, loc. cit.*, p. 249, nota 51) incluía en el elenco: a) La acción subrogatoria, la revocatoria «y sus derivados»; b) la acción del arrendador frente al subarrendatario, para reclamar el precio convenido en el subarriendo (art. 1.552 CC); c) el supuesto de los auxiliares del subcontratista que se dirigen contra el dueño de la obra para reclamar de éste lo que adeude al contratista (art. 1.597 CC); d) la acción del mandante frente al sustituto del mandatario (arts. 1.721 y 1.722 CC); e) el supuesto del acreedor pignoraticio que ejercita las acciones que competan al dueño de la cosa, para reclamarla o defenderla contra tercero (art. 1869. II CC); f) el usufructuario que reclama *por sí*, de conformidad con el art. 507 CC, los créditos vencidos que formen parte del usufructo; y g) La acción del perjudicado por un hecho de la circulación de vehículos a motor frente a la compañía aseguradora del vehículo causante del siniestro.

artículo 301 LEC quepa extraer verdaderamente tal cosa. En mi opinión, en la letra de la ley tanto cabe el supuesto de que el titular no sea parte en el proceso, como el supuesto de que sí lo sea, pues no existe ninguna base legal para prejuzgar *a priori* que la sustitución procesal implique *siempre y de forma necesaria* la falta de presencia en el proceso del titular de la relación jurídica controvertida o del derecho deducido. Como veremos al tratar la acción subrogatoria, la tesis que sostenemos en relación con ella es precisamente la contraria; pero, aun así, la interpretación que se propone de este aptdo. 2 del artículo 301 LEC no vacía de contenido la previsión legal del aptdo. 2 del artículo 301 LEC en los casos en que el sustituido es parte en el proceso. En esta hipótesis no puede decirse que el aptdo. 2 resulta superfluo en relación con el aptdo. 1 del artículo 301 LEC, porque entre ambos todavía persiste una diferencia: la exigencia del aptdo. 1 de que exista *oposición o conflicto de intereses* entre colitigantes para que el otro u otros colitigantes puedan pedir su interrogatorio que, en cambio, no existe en el aptdo. 2. Por consiguiente, de los requisitos antes enumerados el único que verdaderamente se erigiría en verdadero presupuesto de aplicación del aptdo. 2 del artículo 301 LEC radica en que la parte que pretende servirse de este medio de prueba no sea sujeto de la relación jurídica controvertida o titular del derecho en cuya virtud se acciona.

§. Ya con la LEC de 2000, el autor que más se ha extendido sobre el aptdo. 2 del artículo 301 LEC es MONTERO AROCA¹²¹, que divide en dos grandes grupos el ámbito de aplicación del precepto según que la persona sometida a interrogatorio sea el «sujeto de la relación jurídica controvertida» o bien el «titular del derecho en cuya virtud se acciona», aunque de esta división no se derivan ulteriores repercusiones jurídicas. Entre los supuestos que se redirigen a este aptdo. 2 incluye este autor, además de la acción subrogatoria en su concepción más clásica, otros como:

- a) El de la acción directa que *ex* artículo 76 LCS compete al perjudicado frente al asegurador en el seguro de responsabilidad civil: «si el asegurado, que es el verdadero titular de la relación jurídica de seguro, tiene que declarar en el proceso, lo que el artículo 301.2 de la LEC está diciendo es que lo hará por medio del interrogatorio de la parte y no como testigo» (MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 177). Sin embargo, resulta un tanto forzado considerar que la relación jurídica controvertida es la relación de seguro, y no —como todo parece indicar— la relación jurídica entre perjudicado y asegurador nacida *ex lege* de la culpa extracontractual, entre cuyos presupuestos está la existencia del contrato de seguro al que es ajeno el perjudicado; esto es, la producción del siniestro por parte del asegurado que la ley obliga a indemnizar en virtud del artículo 76 LCS. La cuestión de la existencia, validez y eficacia del contrato de seguro de responsabilidad civil es un

¹²¹ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, 2002, pp. 176-178.

presupuesto material –unhecho constitutivo, entre otros– de la acción directa el artículo 76 LCS¹²².

b) La reclamación, por parte de los colegios profesionales, de los honorarios devengados por sus miembros, en cuyo proceso «la declaración del colegiado se hará por el interrogatorio de la parte, no como testigo» (*op cit.*, p. 177); ahora, esto ha de ser lo normal si se toma en cuenta que estamos en presencia de la figura de la representación (de carácter voluntaria, aunque también presenta la nota de institucional) y, por lo tanto, parte es el colegiado representado y no el colegio profesional que le representa.

c) El caso del acreedor o del deudor solidario que no son parte en el proceso.

d) El caso del comunero o comuneros distintos del que ejercita la acción en beneficio de la comunidad. Y,

e) El cónyuge que no ejercita derechos de crédito de la sociedad de gananciales.

Estos tres últimos supuestos pueden ser comentados unitariamente, ya que es común a todos ellos la característica de que el sujeto legitimado en cada caso es cotitular de la relación jurídica material o del derecho litigioso. Esta consideración es, posiblemente, la que ha movido al prof. MONTERO AROCA a situar los mismos dentro del ámbito de aplicación del artículo 301. 2 LEC. Sin embargo, la condición de ser cotitulares de la relación jurídica material o del derecho litigioso, aunque es requisito *necesario* para la aplicación del artículo 301. 2 LEC, no es, en cambio, requisito *bastante*. El aptdo. 2 del artículo 301 requiere, además de lo anterior, que «la parte

¹²² En efecto, la existencia y eficacia del contrato de seguro es uno de los presupuestos materiales del art. 76 LCS y cuya carga de la prueba corresponde al perjudicado demandante. Por ello, conforme al ordinal 1º del aptdo. 1 del art. 265 LEC, el contrato de seguro habrá de ser aportado desde el mismo inicio del proceso, acompañando a la demanda o, en su caso, a la contestación a la demanda. A tal fin, y para evitar al perjudicado las dificultades que su aportación junto con la demanda plantea, la ley procesal ha introducido, como novedad, una diligencia preliminar *ad hoc* en el art. 256.1.5º LEC, tendente a que, a instancia «del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil (...), se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder». En su defecto, en la demanda o contestación la parte habrá de designar la persona y el lugar en cuyo poder se encuentre el documento en cuestión (art. 265. 2 LEC). Por consiguiente, la falta de aportación de este documento no determina la interrupción, suspensión o finalización del proceso, sino la preclusión de la posibilidad de aportarlo en un momento procesal ulterior (art. 269. 1 LEC), con las consecuencias inherentes al incumplimiento de la carga de aportación de documentos básicos relativos al fondo del asunto (cfr. art. 217 LEC, sobre carga de la prueba).

Luego, puesto que en la inmensa mayoría de los casos el perjudicado demandante aportará al proceso el contrato de seguro dando por supuesta su validez –o, en su caso, designará el lugar donde obra–, si ésta resultara controvertida por la compañía aseguradora demandada, estaremos en presencia de una de las llamadas *excepciones reconvenzionales* (la de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda; art. 408 LEC), que, por afectar a un tercero –el asegurado–, deberá plantearse en forma de reconvencción, siendo sus destinatarios el actor o perjudicado y el asegurado causante del siniestro (artículo 407 LEC). Ello quiere decir que si la relación de contrato de seguro deviene *res litigiosa*, el asegurado dejará de ser tercero ajeno al proceso, para convertirse en parte, por lo cual –nótese bien– tampoco en este supuesto se aplicarán las previsiones del aptdo. 2 del artículo 301, sino las de su aptdo. 1.

En definitiva, la declaración del asegurado o causante del siniestro accederá al proceso bien a través de la prueba de interrogatorio de testigos (artículos 360-381 LEC), bien, en su caso, a través de la vía que ofrece el artículo 308 LEC a la parte declarante cuando la preguntas que se le dirijan no versen sobre hechos personales.

legitimada, actuante en juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona». Y este requisito negativo –exigido por el tenor literal del precepto– no se cumple en ninguno de los casos antedichos.

Además, parte de la doctrina, por razones de índole práctico, extiende el ámbito de aplicación de este precepto a los supuestos de representación legal o dativa, es decir, postula que, al amparo de esta norma, la declaración de la parte se entienda con el representante del incapaz, en lugar de con el incapaz mismo, que es la verdadera parte¹²³; y, en segundo término, que hay también hasta quien lo extiende al ámbito de la representación voluntaria¹²⁴, que es, posiblemente, el supuesto que más claramente queda fuera de aplicación del aptdo. 2 del artículo 301 LEC. En la inmensa mayoría de los casos de representación legal o dativa las preguntas del interrogatorio versarán sobre actos o negocios realizados o concluidos por el representante del incapaz, que, como tal representante, no es –según la opinión común– parte en el proceso; y, por otro lado, existe el problema de que la parte, esto es, el incapaz, carece, como regla, de la capacidad exigida para realizar actos procesales por sí mismo, entre los cuales se incluyen los relativos a la prueba de interrogatorio. ¿Quiere esto decir que estamos ante un problema irresoluble que tiene por resultado que, en estos casos, no pueda practicarse la prueba de interrogatorio ni con el incapaz ni con su representante? ¿O, por el contrario, el artículo 301 LEC, con su doble contenido, permite a las partes y al tribunal que el interrogatorio de parte se practique con alguno de ellos o, incluso, con ambos?

§. Cabe, en suma, plantearse, si la finalidad del artículo 301 LEC es precisamente la de regular una de las vertientes de la sustitución procesal –la probatoria– o si, por el contrario, son otros los objetivos y utilidades reales del precepto.

Cabe pensar, p. ej., que el aptdo. 2 del artículo 301 LEC trata de compensar la factura exclusivamente procesal del concepto de «parte» que late en su aptdo. 1 en relación con el interrogatorio de parte. Es –o puede verse así– una forma de integrar, respetando la iniciativa de las partes en materia probatoria y el principio dispositivo, con una norma especial en materia de interrogatorio de parte y de compensar el carácter cerrado o tasado de supuestos de intervención provocada a instancia de parte por la que se impone a un tercero la «carga del proceso». Manteniendo nuestra LEC el carácter típico de esta clase de intervención procesal, el aptdo. 2 del artículo 301 LEC puede leerse como una norma especial que impone sólo *una carga* de las varias que integran el *status* de parte procesal, la de someterse al interrogatorio de parte, a terceros que son o el «sujeto de la relación jurídica controvertida» o el «titular del derecho en cuya virtud se acciona».

¹²³ Así, J. PICÓ I JUNOY, *Comentarios...*, cit., p. 1812; y C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, p. 466.

¹²⁴ Así, J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, dir. por J. GARBERÍ LLOBREGAT, t. 3, Barcelona, 2001, p. 93.

Por otro lado, puesto que el aptdo. 2 del artículo 301 LEC tampoco dice quién puede proponer como prueba el interrogatorio de esos sujetos, puesto que se limita a utilizar la forma impersonal «se podrá solicitar», se puede entender que tanto la parte demandante como la parte demandada pueden solicitar el interrogatorio de ese otro sujeto, incluso aunque el propio titular ocupe alguna de esas posiciones procesales, en cuyo caso resulta más acorde con la letra de la ley no exigir el requisito –impuesto en el aptdo. 1 del artículo 301 LEC, pero no en el aptdo. 2– de que exista oposición o conflicto de intereses¹²⁵.

5.3.2. El concepto de «tercero» a efectos de presentación de documentos: el artículo 330. 2 LEC

§. Como es sabido, se dice de la prueba documental que es la reina de las pruebas en el proceso civil, por la frecuencia con la que de las relaciones jurídico–privadas queda reflejo en este tipo de soporte. Pues bien, en virtud del principio de aportación de parte son las partes quienes tienen la carga de aportar y proponer las pruebas documentales, so pena de cargar con las consecuencias desfavorables de su falta de aportación, consistentes, en la generalidad de los casos, en ver desestimadas sus pretensiones por falta de prueba. Por esta importancia, la LEC prevé –también lo hacía la LECA en su artículo 603– que las pruebas puedan obrar en poder de la otra parte (artículo 328) o bien de un tercero (artículo 330.1), sometiendo a la aportación de documentos por la otra parte a un mayor rigor, pues en tal caso la aportación se considera propiamente un *deber*, con importantes consecuencias desfavorables para el caso de incumplimiento (artículo 329). Así las cosas, la pregunta que cabe hacerse, hacerse, en los casos en que se planteara una eventual sustitución procesal, es la siguiente: ¿*Quid* de los titulares de la relación jurídica controvertida que no sean parte en el proceso? ¿Se les considera parte a estos efectos o bien se les considera terceros y quedan sometidos a lo dispuesto en el artículo 330. 1 LEC?

La respuesta a estos interrogantes nos la brinda la propia ley. El aptdo. 2 del artículo 330 dispone que, a efectos de la exhibición de los documentos por terceros, «no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida (...), aunque no figuren como partes en el proceso». Esto quiere decir que, a efectos de exhibición documental, la LEC trata a los sujetos

¹²⁵ A favor de esta solución abogan varios argumentos. En primer lugar, el criterio de la especialidad: el aptdo. 2 del art. 301 LEC constituye una norma especial en materia de interrogatorio de las partes, que debe prevalecer sobre la norma general del aptdo. 1 de dicho precepto. En segundo lugar, la interpretación que se propone es respetuosa con el tenor literal del mencionado aptdo. 2 del art. 301 LEC, que, como se ha dicho, utiliza la forma impersonal «se podrá solicitar», sin hacer referencia a las restricciones que, en cambio, sí contiene el aptdo. 1 del art. 301 LEC. En tercer lugar, también aboga a favor de la interpretación propuesta la finalidad de la norma, que, como también se ha dicho, es facilitar que accedan al material probatorio los hechos y circunstancias relativos al objeto del proceso y que, en el caso de la legitimación extraordinaria, no es en absoluto improbable que sólo sean conocidos por el titular de la relación jurídica controvertida o titular del derecho litigioso. Y, finalmente y en cuarto lugar, la solución propugnada permite resolver el problema de que, tratándose de sustitución procesal activa o de legitimación activa extraordinaria, la parte demandada se encuentre en rebeldía y no pueda –o no quiera– proponer el interrogatorio del sustituido.

sustituidos procesalmente por los legitimados extraordinarios como si fueran parte en el proceso –y no como terceros– y, en consecuencia, los somete al deber de exhibición documental que regula el artículo 328.

Esta regla, trasladada al esquema de la sustitución procesal, significa que el sustituto actuante podrá solicitar, en el momento procesal oportuno, la exhibición por parte del titular sustituido de documentos que obren en su poder. Dicho más sencillamente, el titular sustituido no es tercero, sino parte, y queda obligado a la exhibición documental, siempre que lo pida una de las partes, ya la parte demandante –que será lo habitual–, ya la parte demandada¹²⁶.

A la solicitud de exhibición, tal y como prevé el artículo 328.2 LEC, ha de acompañarse copia simple del documento o –lo que debería ser más habitual en los casos de sustitución procesal– si no se dispusiere de ella, ha de indicarse los términos más exactos posibles. Esta previsión tiene su importancia, porque, en caso de que el titular sustituido se negase a la exhibición, el tribunal tiene que optar por una de las dos decisiones siguientes: o bien atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante o a la versión del contenido del documento (artículo 329.1 LEC), o bien dirigir al titular sustituido un requerimiento para su aportación, «cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas» (artículo 329.2 LEC). La desatención de este requerimiento puede constituir un delito de desobediencia a la autoridad¹²⁷ (artículo 556 CP).

En definitiva, como es razonable, la LEC trata con mayor rigor el deber de exhibición documental cuando se trata de partes del proceso que cuando se trata de terceros, aunque éstos, en última instancia, también pueden llegar a incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad si no atienden el requerimiento que se les dirige al efecto¹²⁸. Y también es razonable, como se dijo en el apartado anterior, que la ley asimile a las partes a los sujetos titulares de la relación jurídica controvertida, en cualquier caso, ya que son, como se dijo, quienes cuentan con mayor facilidad probatoria por su proximidad con las fuentes de la prueba cuando –como es el caso– se están ejercitando en el proceso derechos subjetivos privados que le son propios.

¹²⁶ Hoy por hoy, no cabe, en mi opinión, la exhibición documental ordenada de oficio por el tribunal, por importante o trascendente que se estime el documento o documentos en cuestión (en contra, J. PICÓ I JUNOY, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirig. A. M. Lorca Navarrete, t. II, 2ª ed., Valladolid, 2000, p. 1875); salvo que –tal y como prevé el art. 282 LEC– «así lo establezca la ley». Pues bien, en relación con la legitimación extraordinaria, con carácter general, la ley nada dice sobre la exhibición de oficio y tampoco está prevista legalmente dicha exhibición con carácter particular. En mi opinión, sería, además, discutible la conveniencia de una norma general que gravara al tribunal con este deber en todos y cada uno de los casos de legitimación extraordinaria, porque no en todos ellos está presente un interés público que justifique una excepción al principio de aportación de parte que rige en el proceso civil.

¹²⁷ Así, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios...*, cit., p. 575.

¹²⁸ Así, J. PICÓ I JUNOY, *Comentarios...*, *ibidem*.

El interrogante, no obstante, debe ser similar al que formulaba al término del apartado anterior: ¿es este precepto indicio suficiente de que para nuestro legislador existe la sustitución procesal como categoría procesal autónoma, de modo que lo en él dispuesto sería regla propia y específica de esa categoría? O, por el contrario, ¿hay una explicación diversa?

La jurisprudencia, en este sentido, permite afirmar que la *ratio* del artículo 330 LEC radica en la facilidad o dificultad probatoria, al haber extendido su ámbito de aplicación más allá de los casos previstos, como, v. gr., a los documentos que se hallen en poder de un empleado de la parte, como ha señalado la [STS 11 de noviembre de 2011 \(rec. 905/2009\)](#):

«El artículo 330 de la LEC permite la exhibición de documentos que se encuentren en poder de terceros no litigantes. Este artículo coordina por un lado el derecho de la parte a utilizar todos los medios de prueba que hagan efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE y por otro lado, el derecho del tercero a mantener su intimidad respecto de documentos que son de su propiedad, de ahí que uno de los requisitos legales sea la trascendencia del documento para dictar la sentencia que ha de realizar el juzgador.

En el caso enjuiciado, dada la condición de empleado de la demandada de la persona que posee la grabación obtenida en una reunión que, además, había sugerido la gerencia de esta empresa, no se puede considerar al igual que valora la sentencia recurrida, que ese documento gráfico no estuviera a disposición de la parte demandada habiendo podido aportarlo en el momento de contestación a la demanda. Por tanto, el documento en poder del tercero dependiente de una de las partes procesales, ha de entenderse como documento en disposición de la parte litigante. Por otro lado, la trascendencia del documento es relativa pues el elemento de veracidad que trata de acreditar a través del mismo se ciñe solo a una parte de lo publicado (la petición de sobreprecio) y no a todo lo publicado, además del hecho de que en el juicio de ponderación, la veracidad es uno de los elementos que ha de ser valorado junto con otros que han de ser examinados para valorar la preponderancia en la colisión de los derechos fundamentales en juego, pero no el único y en ocasiones, según la libertad que se esté enjuiciando tampoco es elemento a valorar».

6. Colofón: los equívocos en torno a la «sustitución procesal» y el «huevo de Colón»

§. A estas alturas de la exposición el lector puede hallarse un tanto confuso en relación con el propósito de las páginas precedentes. En realidad, es bastante modesto: simplemente he querido transmitir la idea de que nada hay en torno al concepto de legitimación, ni en torno a sus caracterizaciones, que pueda considerarse pacífico o estable. Pretender construir toda una institución, como habría de ser la sustitución procesal, en un entorno polémico e inestable me parece, cuando menos, temerario, máxime cuando, a mi juicio, la propia elaboración doctrinal de esta figura se ha fundado en varios equívocos.

§. A lo largo de la extensa exposición de la Parte I de este trabajo se ha tenido ocasión de ver cómo se ha conformado dogmáticamente el concepto de sustitución procesal; también se han visto los esfuerzos doctrinales por hacer de este concepto una *categoría jurídico-procesal*, esto es, una figura delimitada

por un núcleo de supuestos dotados de homogeneidad y susceptibles de un régimen jurídico más o menos propio.

Con raras excepciones provenientes de la doctrina italiana, la doctrina española asume casi con unanimidad la existencia en la sustitución procesal de una categoría susceptible de ser individualizada y dotada de perfiles jurídico-procesales propios, cuyo estudio monográfico está representado por el trabajo de NIEVA FENOLL, quien no duda en afirmar de ella que es la «institución jurídica en virtud de la cual un sujeto defiende ante la Jurisdicción intereses ajenos, con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no perjudique una relación negocial previa que posee con dicho titular»¹²⁹, aunque no deja de advertir que el sentido de la *Prozeßstandschaft* se torció con la traducción chiovendiana de *sostituzione processuale*¹³⁰. La opinión de CABAÑAS GARCÍA, como corresponde a un estudio que comprende más supuestos que los de sustitución procesal, es más matizada; la legitimación indirecta por él estudiada «responde a una figura de contornos bien determinados», un instituto con caracteres propios que permiten a un tercero instar una tutela concreta «con efecto vinculante de cosa juzgada material para su titular», aunque este autor se ve forzado a reconocer –con ocasión del estudio de su régimen procesal– que no existe un proceso para los legitimados indirectos y que su tratamiento unitario no está exento de matizaciones¹³¹.

§. La postura que aquí se expone es más escéptica sobre la posibilidad de configurar una categoría de sustitución procesal de la que quepa realizar afirmaciones de valor general y de contenido jurídico-procesal. Más bien sucede que en su propia naturaleza está o el no ser inmutable en cuanto a los supuestos que comprende o el no ser los supuestos comprendidos susceptibles de un tratamiento jurídico-procesal unitario, o ambas cosas a la vez.

¹²⁹ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Madrid, 2004, p. 44. Advierto ya que en este estudio crítico sobre la sustitución procesal no se someterá a crítica las muchas afirmaciones de este autor, porque todo, en realidad, nos separa, como es lo normal cuando se parte de premisas que se hallan en las antípodas las unas de las otras. Aunque coincidimos con muchas de las observaciones de SATTA (cuyo monismo –si panprocesalista o si iusprivatista– no tenemos nada claro, porque mantuvo tantas y tan variadas posiciones que, lo mismo que a CARNELUTTI, es preciso contextualizarle), nuestra posición está lejos del “monismo moderado” de NIEVA FENOLL que convierte el proceso civil en instrumento creador del derecho y de las obligaciones entre las partes (*op. cit.*, p. 16, nota 4, y 45). Tampoco compartimos las ideas de que «el concepto de legitimación carece de contenido útil para el Derecho procesal» (*op. cit.*, p. 38) y la de que lo importante en nuestra disciplina «es averiguar la capacidad procesal de las partes». Y, en fin, no comparto la opinión de que la sustitución procesal es una institución jurídica; más bien, en nuestro trabajo hemos aplicado la advertencia de GÓMEZ ORBANEJA, que el propio NIEVA FENOLL rememora, de evitar «todo concepto al que no podamos dar un contenido preciso» (*op. cit.* p. 37; las palabras de GÓMEZ ORBANEJA corresponden a una conferencia impartida en el colegio de Notarios de Barcelona en mayo de 1947 sobre “Legitimación y representación”, publicada en *La Notaría*, 1948, p. 162 y, más recientemente, en su recopilatorio sobre *Derecho y proceso*, Cizur Menor, 2009, pp. 249-269).

¹³⁰ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Madrid, 2004, pp. 56-62.

¹³¹ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva en el proceso civil*, Madrid, 2008, espec. pp. 17 y 21.

Los intentos por configurar la sustitución procesal como noción autónoma, estable, discernible de la legitimación ordinaria y de la extraordinaria de otros sujetos, y dotada de perfiles procesales propios son –creo– evanescentes, aunque no por ello hay que abandonarlos. Muchos y muy buenos juristas han dedicado su ciencia y su tiempo a desentrañar el *quid* de la sustitución procesal y sin sus muchas aportaciones no podrían detectarse los equívocos que giran en torno a ella y cuya clave está en no poder salir de la imagen del «ejercicio de los derechos» de otro sujeto.

El problema de la sustitución procesal como categoría –también la de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC– se explica por su propia historia y es preciso desandar el camino para encontrar en qué momento se perdió el *quid* que dota de sentido a la amalgama de supuestos que hoy nos ofrece. Ese *quid* radica en la idea de *sujeción*, en la idea de una imaginada *expropiación del ejercicio de los derechos de otro* que era la que, junto con un entendimiento exclusivamente material de los efectos de la sentencia como acto, latía en la *Prozeßstandschaft* alemana y en la *sostituzione processuale* de CHIOVENDA¹³². Despojada de sus connotaciones de *sujeción*, fue malinterpretada por sus contemporáneos –no por CHIOVENDA, quien la colocaba, aunque dubitativamente, entre los presupuestos procesales– y terminó sirviendo a la construcción de uno de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina: la legitimación. NIEVA FENOLL también ha señalado la connotación coactiva de la *Prozeßstandschaft* germana y es justo reconocerle ese mérito¹³³, pero el respeto, de un lado, a los dogmas y a la autoridad académica de quienes se han ocupado de ella en el pasado y, de otro lado, a la vívida imagen de sustitución procesal que nos devuelve la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, le ha impedido romper el huevo de la sustitución procesal que le permite sostenerse en pie, como el famoso huevo de Colón. Atrapado por la imagen de la acción subrogatoria como supuesto paradigmático de sustitución, ha realizado un estudio jurídico-procesal sobre la sustitución procesal en el que hemos encontrado el aliento final para abordar este *otro* estudio, esta vez crítico, sobre la sustitución procesal que huye de aumentar el conceptualismo jurídico sobre ella y de abundar en sus rasgos diferenciales, convencidos del flaco favor de acrecer la ya importante inflación doctrinal sobre la legitimación y sobre la sustitución procesal.

§. Los equívocos que atan la sustitución procesal al fenómeno del «ejercicio de los derechos ajenos» radican en que en ella convergen dos cuestiones que tienden a confundirse y que es seguro que en el Derecho privado no se escindirán nunca por la necesidad racional de la unidad del ordenamiento jurídico–privado: la reverberación en la sustitución procesal de la célebre

¹³² Recordemos que en sus *Principios de Derecho procesal civil* (cit. t. II, p. 29) la *sostituzione processuale* de CHIOVENDA todavía se halla vinculada, de un lado, a la idea de expropiación del ejercicio de la acción por obra de la sentencia y a su eficacia de naturaleza jurídico–material y, de otro lado, a la de categoría intermedia entre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

¹³³ También es meritoria la valentía de afirmar que «si hubiera sido el primero en traducir la palabra *Prozeßstandschaft*, después de una larga reflexión previa, la hubiera traducido por “usurpación procesal”» (J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 62).

polémica sobre la *actio* y el dualismo que alumbró entre el *derecho subjetivo material* y el *derecho de acción*; y el carácter expansivo de la eficacia *jurídico-material* de toda sentencia como acto. Teniendo esto presente, al menos resultará útil diferenciar estos dos aspectos en los diferentes supuestos que hoy se agrupan de manera informe en la sustitución procesal.

En primer término, la reverberación de la polémica sobre la acción en la sustitución procesal está detrás de la llamada *acción subrogatoria*, que es la causante de los muchos sobreentendidos que viven en la «sustitución procesal» del acreedor en el ejercicio –*bizantino*– de los «derechos y acciones» del deudor intermedio y que, por el impulso estimulante que ha tenido en el Derecho privado, es muy probable que no se se disuelvan nunca. De hecho, hoy puede muy bien hablarse de “técnica subrogatoria” como método ya asumido legislativamente para configurar ciertas relaciones jurídicas o la protección jurídica de ciertos intereses. No hay más que pensar en que, antes de que el Derecho positivo lo reconociera, los tribunales admitieron la acción directa del asegurado frente a la compañía aseguradora del causante del daño basándose en la imagen de que el perjudicado *se subrogaba* en la posición del asegurado –su deudor, en virtud de responsabilidad aquiliana– para adentrarse en la relación jurídica de seguro y resarcirse directamente; y todavía hoy la llamada “acción” de repetición se alimenta de esa misma imagen de subrogación por pago de la compañía aseguradora en la posición jurídica del asegurado para dirigirse frente al tercero causante del daño¹³⁴.

Ahora, muchas de las características que se predicán en abstracto de la sustitución procesal sólo se ajustan a la idea de la acción subrogatoria, pero a una idea *preconcebida* de ella; como, p. ej., cuando se dice que la sustitución procesal consiste en una legitimación extraordinaria que consiente al sujeto legitimado deducir en nombre propio e interés propio una pretensión declaradamente ajena, o que presenta la característica de coexistir con la legitimación del titular sustituido, o de suponer una extensión de la cosa juzgada al titular del derecho o sustituido, etc. y, a renglón seguido, se ilustra el supuesto con la acción subrogatoria. Como veremos, curiosamente en el Derecho alemán –cuna de la sustitución procesal– no existe la acción subrogatoria. Sí existe, en cambio, en Italia (artículo 2900 *cc* y, antes, artículo 1234 *cc* de 1865), donde CHIOVENDA en su célebre discurso sobre *L'azione nel sistema dei diritti* de 1903 se sirvió de ella para ilustrar la autonomía del derecho de acción respecto del derecho subjetivo privado y este engarce con uno de los pilares de nuestra disciplina la ha terminado por “blindar” dogmáticamente. Desde entonces las ideas en torno a la sustitución procesal se han sujetado al molde de la acción subrogatoria y acaso ésta sea la imagen más vívida de la legitimación cuando se la quiere diferenciar de la titularidad del derecho subjetivo material. Pero, entonces, la pretendida categoría se hace justa

¹³⁴ Éste y otros supuestos de “acciones” directas en materia de contratos son objeto de estudio en las pp. 517 y ss.

acreedora de la demoledora crítica de GALANTE: «*come una rondine no fa primavera, un caso non fa categoria*»¹³⁵.

En segundo término, ha contribuido decisivamente a los equívocos en torno a la sustitución procesal la confusión durante largo tiempo de la eficacia *jurídico-material* de toda sentencia como acto y su inherente carácter expansivo en el plano material con la muy distinta eficacia jurídico-procesal de la cosa juzgada de la sentencia, que pertenece al terreno de la técnica procesal y obedece a la necesidad de conjugar el respeto de las garantías procesales y, en especial, del principio de audiencia en todo proceso de cognición plenario, con las necesidades de seguridad y paz jurídicas inherentes al ejercicio de la jurisdicción en la resolución de conflictos intersubjetivos privados mediante la interpretación y la aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto de forma irrevocable.

Ambas cuestiones confluyen de suyo en la *legitimación*, de la que con razón se dice que pertenece a la teoría general del Derecho privado, por la necesaria coordinación recíproca del Derecho sustantivo y del Derecho procesal. El carácter contingente del Derecho positivo –el Derecho objetivo– tanto en uno como en otro ámbito permite bien cambiar la configuración legal de las situaciones jurídico-materiales de los sujetos, bien dotar de normas procesales a las antiguas y a las nuevas realidades de los justiciables necesitadas de tutela, y esto es, a la postre, lo que determina la continúa ampliación o adelgazamiento del contenido de nuestra figura, que depende de que esas mismas normas construyan o desvanezcan el equívoco ejercicio de los derechos ajenos. Así, pues, como a la rosa del poema, hay –de entrada– que aceptarla.

La –¿feliz?– mala interpretación de los contemporáneos de CHIOVENDA sobre la sustitución procesal tuvo por serendipia la conformación de la legitimación en el proceso civil. Ahora bien, la sustitución procesal no se agota, en el ámbito de nuestra disciplina, en la legitimación. Si eliminamos el adjetivo *procesal*, podemos distinguir en unos supuestos una *sustitución en el ejercicio de los derechos ajenos* (que envuelve el equívoco de que en el Derecho privado no son estos los que se ejercitan en el proceso, sino que en él se hacen valer mediante la formulación de concretas pretensiones), pero también una *sustitución en la persona o en voluntad del titular*, que, en el Derecho privado, remite a los problemas de capacidad (cuya definición *no* es coincidente en el Derecho civil y en el Derecho procesal civil), al poder o capacidad de disposición y administración de los derechos patrimoniales y a la figura de la representación. En el primero de los sentidos ya hemos señalado que la sustitución vivifica la apasionante y siempre perenne polémica sobre la *actio* que no puede eludirse al tratar nuestro tema; en la investigación del segundo de los sentidos aparecen, en cambio, otros conceptos también relativos a los sujetos del proceso, como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que es una capacidad de ejercicio de los derechos que nos coloca ante la evidencia de que en el Derecho privado la *única* figura que permite ejercitar los derechos ajenos sin convertir al sujeto agente en titular de los derechos e

¹³⁵ GALANTE, *Diritto processuale civile (parte generale)*, 2ª ed., Napolés, 1909, p. 772.

intereses que se ventilan en el proceso es la representación, por la que la actividad del representante siempre está al servicio de los intereses del representado, y no al propio cuidado de los del sujeto agente, que son los que priman en la sustitución procesal.

§. La coherencia inmanente del ordenamiento jurídico–privado obliga a que, en el circuito de producción de nuevos derechos subjetivos, obligaciones y relaciones jurídicas a partir de la necesidad de tutela que se aprecie como deseable para los sujetos concernidos, exista una zona oscura de confluencia o tránsito hacia otras categorías y esto es, en mi opinión, lo que ha sucedido históricamente con la sustitución procesal (y que sigue –y seguirá sucediendo– con la legitimación).

La sustitución procesal ha sido –en el Derecho privado– el terreno primigenio donde se ha librado su «lucha por el derecho» el interés legítimo; por eso, el primer y fundamental equívoco radica en presentarla o definirla metonímicamente como un derecho o una facultad: antes de ser reconocido, le falta la nota de juridicidad al interés del sustituto; y después, derivará –con la intervención del legislador, a través de las técnicas jurídicas convenientes– bien hacia la legitimación (ordinaria), bien hacia la representación, en función de que entre el sujeto agente o sustituto y el sujeto titular o sustituido existan, respectivamente, intereses *contrapuestos* o intereses *comunes*, sin olvidar que en especialísimos supuestos –como en el concurso de acreedores o en las asociaciones y grupos de consumidores y usuarios– la tutela de los intereses preeminentes de un conjunto de sujetos *uti pluribus* termina alumbrando, al menos en el terreno procesal, nuevos sujetos transitorios de derechos (como la masa concursal) o formas específicas de tutela (de carácter inhibitorio fundamentalmente, en el caso de los grupos y asociaciones).

Desde esta premisa, pues, el propósito de este análisis es el de escudriñar, dada la configuración actual de ciertos supuestos, qué tiene cada uno de «sustitución procesal» y cuál es su sentido, por si, mejor que amontonar supuestos heterogéneos bajo un *nomen iuris*, puede dispensarse una mejor respuesta jurídico-procesal de otro modo.

§. Este trabajo, por tanto, es otro intento por explicar unas mismas realidades y, aunque escéptica, también es una toma de postura sobre la sustitución procesal, de la que, cuando se aísla su esencia, se revela su verdad como en el famoso “huevo de Colón”: la sustitución procesal es una pura imagen que expresa la preeminencia del interés jurídico del sujeto sustituto frente a los intereses de los propios sujetos titulares de la concreta relación o situación jurídico-material que es objeto del proceso. Esta preeminencia la expresaron CHIOVENDA y SATTA como una *expropriazione* de ejercicio del derecho o de la acción ajena, frente a la que el mismo SATTA se opuso vehementemente¹³⁶ porque su sentido

¹³⁶ Además de lo dicho en nota 132, *vid.* S. SATTA, “Articolo 81”, en *Commentario al Codice di procedura civile*, I, Milán, 1966, pp. 273-274, donde expone sintéticamente el más serio intento de meter «in luce l’equivoco sul quale la pretesa figura della sostituzione processuale si fonda (...) La verità è che al fondo di questa pretesa categoria sta l’ingenua idea che il diritto sia soltanto quello del sostitu[i]to, il diritto cioè che nasce dal rapporto dedotto in

se pierde cuando se acentúa la situación de poder del sujeto sustituto y se deja en la oscuridad la situación de sujeción del sujeto sustituido, quien, a virtud del sobreentendido que implica la legitimación por sustitución del primero, queda normalmente preterido en el proceso con el consiguiente padecimiento de sus garantías procesales.

La idea de que en el proceso civil la clave que reduce todos los supuestos de sustitución procesal o cualesquiera otros de legitimación extraordinaria a la unidad está descubierta desde hace más de un siglo: el concepto de «legitimación» y la necesidad de la tutela de los «derechos» y de los «intereses legítimos» en el Derecho privado, que fue elaborada por abstracción de los supuestos en los que se produce una aparente divergencia entre el titular de las pretensiones jurídico-materiales y el distinto sujeto que basa en ellas sus “acciones”.

La cuestión –lo advertimos ya– se reduce, al cabo, a una recategorización de la legitimación en el Derecho privado que, desde luego, no se va a abordar en este trabajo¹³⁷. Desde aquí sólo pretendo exponer que el sentido histórico que dota de fundamento a la «sustitución procesal» o se ha perdido con el discurrir del tiempo en unos supuestos, o debe perderse en otros que todavía se presentan como tales por un problema de acarreo histórico, o no es preciso acudir a ella para explicar, en fin, la legitimación en algunos más. Lo que, en todo caso, no puede seguir manteniéndose –en mi opinión– es la artificiosidad de que *en la sustitución procesal el sustituto procesal sustituye al sujeto sustituido en el proceso*; si así fuera, a esta irreverencia le vendría mejor el nombre de *abracadabra procesal*, dado que el sujeto sustituido desaparece a la vista de todos sin necesidad de trucos de caja o de cortina.

§. La postura que aquí se expone es la cabal consecuencia de buscar la «sustitución procesal» en la multiplicidad de supuestos problemáticos reunidos por el único común denominador de que el pretendido sustituto procesal «ejercita» los derechos del sujeto sustituido, o deduce las pretensiones de éste, o se caracterizan por una falta de correlación entre el sujeto titular del derecho subjetivo-material y el sujeto que en su propio interés lo hace valer en el proceso, en sentido amplio. Todas estas formulaciones se han ensayado con la sustitución procesal, pero –como el mismo NIEVA FENOLL previene– se encuentran lastradas por la consideración de la acción subrogatoria como

iudizio, e di cui è titolare il sostitu[i]to, così che a lui e a lui soltanto spetti l'azione per la tutela di tale diritto» (los paréntesis son míos y tratan de salvar lo que he considerado que son dos desafortunadas omisiones tipográficas en la palabra «sustituto» del texto original en lugar del término «sostituito» que es contextualmente el correcto).

¹³⁷ Ricardo JUAN SÁNCHEZ en su reciente e inestimable estudio *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del Derecho de Acción: Fundamentos y Reglas* (Madrid, 2014) es quien, por último, se ha enfrentado a la ingente tarea de clasificar las posiciones jurídico-materiales de las partes en el proceso civil haciéndolo con el rigor de un cirujano (no en vano lo llama «taxonomía»): «son tantos los supuestos de legitimación procesal civil que sobrepasan el estricto entorno del titular de la situación jurídico o del derecho deducido en juicio, que es a partir de ellos que conviene entrar a analizar la categoría a la que pertenecen» (p. 165).

ejemplo paradigmático¹³⁸. Por eso, antes de examinar el artículo 1111 CC y otros mecanismos de tutela del crédito en relación con nuestra figura, el carácter científico que debe presidir todo trabajo de investigación nos obligaba a situar la sustitución procesal en las coordenadas de nuestra disciplina.

¹³⁸ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 17.

CAPÍTULO VI

El hábitat de la sustitución procesal: sustitución y tutela del crédito

§. Desde que a finales del siglo XIX los primeros procesalistas acuñaran la noción de sustitución procesal han sido muchos y muy variados los supuestos empleados para ilustrarla. No es el caso ahora, desde luego, de hacer una relación omnicomprendensiva de ellos, puesto en el tiempo transcurrido desde entonces el desarrollo doctrinal ha depurado nuestra noción de muchos casos que, al menos en España, han encontrado mejor acomodo en otros conceptos, como, particularmente, la capacidad procesal y la representación. Con un sentido más realista y práctico, nuestra atención se va a centrar en aquellos supuestos detectados en el ordenamiento sustantivo privado que son –en principio– *susceptibles*, por haber despertado cierto consenso doctrinal, de ser considerados hipótesis de sustitución procesal.

SECCIÓN I

Acción subrogatoria, sustitución procesal y artículo 1111 CC

1. Consideraciones previas

§. Llegado el momento de buscar la «sustitución procesal» en los supuestos que normalmente se comprenden bajo esta figura es obligado referirse al artículo 1111 CC. Como se ha visto en la Parte I de este estudio, todos los autores que han tratado la sustitución procesal han citado como ejemplo paradigmático de esta figura la acción subrogatoria y este supuesto –como también se ha dicho– es el que lastra la existencia, la configuración y los sobreentendidos de la sustitución “procesal”. Toca, pues, examinar ahora con mayor detenimiento la previsión del artículo 1111 CC, que dice así:

«Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona (...)».

Antes de entrar en su estudio se imponen varias y serias consideraciones previas, a saber:

Primera.– Todos los estudios sobre esta figura se han abordado desde el Derecho civil o, al menos, adoptando una consideración civilista de esta figura, que, aunque insatisfactoria, será el hilo conductor con el que arrancan estas páginas y que, con las puntualizaciones que procedan, sirven para poner de manifiesto las contradicciones del artículo 1111 CC.

En nuestro país sólo una monografía, la de RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria* (Navarra, 2002), ha abordado su estudio desde el Derecho procesal, pero lo ha hecho circunscribiéndolo al ejercicio

judicial de esta “acción”, a virtud de la sustitución procesal del deudor intermedio por obra de la legitimación extraordinaria del acreedor y, en consecuencia, con los sobreentendidos que presta la sustitución procesal. Esto es, una obra perfectamente ortodoxa desde el punto de vista dogmático, pero con grave quebranto de lo que el artículo 14.1 PIDCP expresa con toda claridad como garantía procesal básica de todo litigante: la de ser oído «en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil» (cfr. artículos 10 DUDH y 6.1 CEDH) y que forma parte de uno de los contenidos de nuestro derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y objeto también del derecho fundamental de defensa del artículo 24.2 CE.

Segunda.— De estas contradicciones no se escapa la propia denominación de la *acción subrogatoria*, que renuncio a definir de antemano, porque entiendo que, además de una acción o pretensión ejercitable o deducible en proceso *formalmente autónomo*, son otras las técnicas o mecanismos más adecuados que el de remitir hoy siempre y en todo caso al acreedor a un proceso de declaración civil escrupulosamente independiente.

Como veremos, todas las funciones del artículo 1111 CC no tienen una naturaleza única y su fundamento es —en muchos sentidos— relativo, como lo son también la noción de responsabilidad y las técnicas o medios para hacerla efectiva. Lo que las agrupa a la unidad hay que buscarla en la teoría general del Derecho privado, una vez que se enjuicien de nuevo el o los varios productos que arrojen las técnicas empleadas o propuestas, con las consecuentes cargas y las responsabilidades que esto, a su vez, arroja a estudiosos y prácticos. A nuestros efectos, los problemas y las contradicciones que se advierten en su estudio se han procurado resolver con arreglo a los principios jurídico-básicos y las técnicas del Derecho procesal, guiados por la finalidad de permitir a los jueces desenvolver su función de aplicar y realizar el Derecho en el caso concreto, resolviendo eficazmente los conflictos intersubjetivos y tutelando los intereses jurídico-privados en conflicto.

Tercera.— La interpretación de la acción subrogatoria y del artículo 1111 CC, con algunos problemas irresolubles que plantea, no puede hacerse de espaldas a su historia. La perspectiva histórica no puede desdeñarse porque la historia de ayer ayuda a desentrañar los problemas de hoy y, tal vez, pueda determinar el futuro de esta figura en un mañana no muy lejano.

Una vez recorrida ésta y analizados sus presupuestos y el objeto que la doctrina le atribuye, se verá que hoy los requerimientos de tutela de los tiempos actuales permiten dudar de que la mejor técnica de protección del crédito del acreedor singular sea —*en general*— la que dibuja el artículo 1111 CC, ya como *facultad*, *derecho* o *acción* que asiste al acreedor para deducir en su propio nombre e interés las pretensiones que competan a su deudor, ya como supuesto de legitimación por sustitución sólo “procesal”. Al menos en lo que hace a la tutela del crédito dinerario.

Cuarta: En cualquier caso, y como advertencia no menor atinente al estudio de la sustitución procesal, es una ilusión considerar que el acreedor es un *alter ego* procesal del deudor intermedio cuya presencia no es necesaria en el proceso y que, en consecuencia y aunque no se compartan las propuestas de este estudio

sobre la acción subrogatoria, se han de revisar algunas de las características más señaladas que se han generalizado y que suelen predicarse de la sustitución “procesal” (este entrecomillado no es gratuito). Ésta es hoy la responsabilidad que compete a los procesalistas y es producto –como se imaginará– de la carga que ha transferido la dogmática civil en sus estudios sobre la acción subrogatoria y el artículo 1111 CC y de los problemas y cuestiones suscitados en la realidad de los tribunales.

Quinta: En este estudio sobre el artículo 1111 CC empezaremos por sus orígenes históricos, vinculados, como vamos a ver, a la tutela del crédito dinerario. Nuestras prevenciones también deben extenderse a ella, para poner de manifiesto que a la función de tutela del crédito dinerario se han ido amontonando desde la Edad Media “otras funciones” que son las que tal vez, ya por motivos dogmáticos o ya por reticencias fundadas, sean las que todavía justifican el recurso del “ejercicio de los derechos ajenos”. Nuestra premisa es que sólo y en la medida en que puedan justificarlo aquellos motivos y reticencias, algunos de los cuales no se pueden resolver sin el concurso de la dogmática civil, cabe admitir el arcaísmo del “ejercicio del derecho o facultad de otro” que pertenece a épocas pretéritas. Valga también señalar que las cuestiones que salen al paso son de tal naturaleza que el menor de los problemas será admitirlo a regañadientes, aunque puede contribuir a disipar el velo de incerteza que se cierne sobre ellos la forma en que se resuelvan los problemas que, desde el punto de vista del principio jurídico-procesal de audiencia, suscita hoy la falta de presencia del deudor intermedio en el proceso. Éste es el verdadero meollo de la cuestión para los procesalistas.

Sexta: Puesto que el proceso es instrumento para resolver controversias *intersubjetivas* privadas, las sentencias declarativas firmes dictadas en procesos plenarios sobre la *res de qua agitur* tienen siempre la consecuente y relativa eficacia *inter partes*. Sólo cabe excepcionar de esta regla general absolutamente imprescindible para cumplir al proceso su fin aquellos supuestos en los que los efectos jurídicos materiales que se sigan de la sentencia deben superar –por la propia naturaleza de las cosas– los relativos límites que impone la relación deducida o que es objeto de enjuiciamiento entre las partes del proceso. Por eso y aun a riesgo de adelantar algunas consideraciones que se verán más adelante, el debate bizantino sobre el párrafo 2 del artículo 10 LEC y el pretendido “error” de la corrección de errores del BOE relativo al artículo 222.3 LEC está fundado sobre ciertos prejuicios y acarreo históricos relativos a la acción subrogatoria, a la sustitución procesal y –¿por qué ocultarlo?– también a la llamada *legitimatio ad processum*.

§. No hace falta decir que las aguas que hay que navegar son turbulentas, pero mucho peor es quedarse varado en dique seco. A un cierto punto de este viaje confío en haber aportado reflexiones y materiales para suscitar un debate que debe resolverse, principalmente, con los parámetros del Derecho procesal, en cuyas coordenadas se defiende aquí que la acción subrogatoria reconducida al proceso de ejecución es un *derecho procesal auxiliar o secundario al servicio de la realización del embargo de derechos, anterior a la fase de realización propiamente dicha del valor de los bienes del ejecutado*, sin perjuicio de que

eventualmente también pudiera el acreedor deducirlo directamente en proceso formalmente autónomo.

Al cabo de ese viaje, en cuyo trayecto espero que se hayan sumado –además de civilistas y mercantilistas– estudiosos internacionalistas, los navegantes civilistas recuperarán –si insisten en considerar así la acción subrogatoria– la *facultad o derecho material* del acreedor del artículo 1111 CC que las teorías doctrinales sobre el derecho de acción les ha “arrebataado”. Los navegantes procesalistas que hayan pasado el viaje durmiendo tal vez se enzarcen en probar la validez de sus respectivas teorías frente a los resultados procesales del “botín”. Los que no lo hicieron confío en que defiendan que, en cualquier caso, no son ajenos a las tareas jurisdiccionales los medios por los que el acreedor *procede a ejercitar o deducir sus derechos y facultades que el ordenamiento les reconoce sobre la gestión y administración de los derechos patrimoniales de su deudor a través de un proceso*.

Por lo demás, del círculo vicioso de la historia, de las relaciones circulares entre las teorías doctrinales sobre el derecho de acción y los derechos subjetivos privados, así como las que existen entre deuda y responsabilidad, por no mencionar la definición de las técnicas de tutela indirecta del acreedor, se propone salir aquí mediante la ruptura de la quimera de la sustitución “sólo procesal”; esto es, deshaciendo el camino andado en la construcción de los equívocos que la envuelven y desde la premisa de que –reordenados según su orden lógico–jurídico– el proceso *sirve instrumentalmente* a la defensa de derechos, facultades e intereses jurídico-materiales de los que estén asistidos los sujetos de este drama, sobre los que pesa la carga de deducirlos y de defenderse.

Concluyo estos avisos a navegantes pidiendo a la doctrina civilista que, por su parte, tampoco se entretenga en hacer artificiosas teorías sobre un «poder de sustitución» que oculte en ese poder/derecho/facultad/acción del acreedor el estado de sujeción del deudor intermedio y, por extensión, del *debitor debitoris*, que –como poder abstracto– hay también que mandar al limbo de la teoría general del Derecho. Si se hiciera a costa del derecho fundamental de defensa de cualquiera de los sujetos implicados, volveré a defender que la sustitución “procesal” se resuelve en la historia de la acción subrogatoria y llegaré, si hace falta, hasta el Ticio o Pedro por cuyo motivo se han torcido los sentidos que impidieron ver a nuestra doctrina los vínculos de nuestro artículo 1111 CC y de nuestra acción subrogatoria con el *pignus in causa iudicati captum* romano.

2. La historicidad de la acción subrogatoria

2.1. ¿UBICACIÓN DE SUS ORÍGENES EN EL DERECHO COMÚN FRANCÉS? CONDICIONAMIENTO EN EL PERÍODO CODIFICADOR

§. Los orígenes históricos de la acción subrogatoria son bastante discutidos por la doctrina civilista moderna¹ y las interpretaciones están condicionadas por la

¹ Sobre los orígenes históricos y su evolución, *vid.*, en la literatura italiana, A. CANTONI, “Le origini dell’azione surrogatoria”, en *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*,

distinta configuración de la acción subrogatoria en los diversos Códigos y por ciertos prejuicios e interpretaciones dogmáticas que han llegado hasta el período codificador del siglo XIX y –por obra de la codificación francesa, italiana y española– hasta nuestros días. La cuestión es importante, porque constituye el punto de arranque en el que se asientan las teorías *conservativa* y *ejecutiva* de la acción subrogatoria y frente a las que no es indiferente que en el caso español la acción subrogatoria presente el rasgo característico –artículo 1111 CC– de requerir la previa excusión de los bienes del deudor «para realizar cuanto se les debe» (a los acreedores), mientras que este requisito no existe en Francia y en Italia, aunque en este último país se entiende por las normas del *Codice di procedura civile* sobre el *pignoramento presso terzi*. En Alemania y en Austria no se han planteado este problema, porque, simple y llanamente, carecen de acción subrogatoria.

Teniendo esto presente no es de extrañar que, frente a quienes en Francia o en Italia han querido situar –al menos, germinalmente– el origen de su acción subrogatoria en el *pignus in causa iudicati captum* romano, como PLANIOL, LABBÉ, COLIN, CAPITANT, DOMAT, GIORGI, FERRARA, BETTI o CICU, la doctrina europea predominante –con CANTONI al frente– mantiene que es más más seguro ubicar sus antecedentes en el Derecho común y en su posterior evolución en la *Coûtume de Normandie* por obra de la escuela francesa del siglo XVIII.

En este período del derecho consuetudinario francés suele ubicarse el alumbramiento de la noción –hoy, verdadero principio del Derecho patrimonial– de la responsabilidad legal y universal del deudor –no fruto de convenciones, ni de un acto de embargo– y a relajarse los requisitos del ejercicio de la incipiente acción subrogatoria; entre ellos, el de que el acreedor esté provisto de sentencia de condena y el de realizar previamente una excusión de los bienes del deudor. Lo que terminará por definir la idea de que, con la finalidad de mantener la integridad patrimonial del deudor y de hacer efectiva su responsabilidad, ante su inactividad los acreedores deben poder deducir en su propio interés los derechos y facultades de su deudor a través de un proceso de cognición independiente y autónomo.

1907, I, pp. 43-55; R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Turín, 1955, pp. 1-80; N. DISTASO, “L’azione surrogatoria”, en *Banca, borsa e titoli di crédito*, 1971, pp. 271-275; E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, trad. J. L. de los Mozos, Madrid, 1970, pp. 360-367; y G. MANFREDINI, “Appunti in tema di azione surrogatoria”, en *Il Foro Italiano*, 1937, I, p. 493. Para la doctrina española, *vid.* A. GULLÓN BALLESTEROS, “La acción subrogatoria”, en *Revista de Derecho Privado*, 1959, febrero, pp. 102-107 y, antes, “Caracteres generales de la acción subrogatoria en el Derecho español”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, vol. XVII, 1956, *separata*; J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, pp. 15-2; M. I. POVEDA BERNAL, *La legitimación subrogada del artículo 1111 del Código civil*, Madrid, 1999, pp. 22-30; y, sobre todo, Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, Madrid, 1995, pp. 15-40, quien ha profundizado más en el estudio histórico y se alinea decididamente con quienes sostienen la ruptura de la acción subrogatoria con el *pignus in causa iudicati captum romano* y ubica su origen inmediato, en su configuración actual, en el antiguo derecho consuetudinario francés.

§. A esta concepción obedece la primera formulación legislativa de la *action oblique* recogida en el artículo 1166 cc napoleónico, al hilo del *principio de relatividad de los contratos*; según este precepto:

«Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne»².

Del *Code Napoléon* la acción subrogatoria será luego exportada a Italia y recibida en los diversos Códigos preunitarios hasta que en 1865 se promulgaron, de un lado, el *Codice di procedura civile* con sus normas sobre el *pignoramento presso terzi*, y, de otro, el *Codice Civile*, donde se introdujo en su artículo 1234⁽³⁾, sustituido después en el año 1942 –acentuando su función “conservativa” con el apoyo que prestó la simultánea recodificación procesal– por el actual artículo 2900 CC:

El artículo 2900 cc italiano de 1942 acentúa con su tenor el carácter conservativo de la acción subrogatoria: «*il creditore, per assicurare che siano*

² Todavía modernamente (vid., por todos, J. DUBARRY, *La cohérence d'ensemble des articles 1165, 1166 et 1167 du Code civil*, Mémoire de Master dirig. R. LIBCHABER, Université Paris I (Panthéon–Sorbonne), v.e. disponible en <http://www.droitcompare.fr/Resources/Memoire%20entier.pdf>) se insiste en esta vinculación entre acción subrogatoria y ámbito subjetivo de los contratos, que por nuestra parte nos limitamos a mencionar.

En la actualidad, tras varios intentos prelegislativos de los años 2005 y de 2008, el Ministerio de Justicia francés ha difundido en febrero de 2015 un [*projet d'ordonnance sobre réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*](#), que da nueva redacción –y configuración– a la acción subrogatoria. En la reforma proyectada, el Capítulo III, bajo el título *Les actions ouvertes au créancier*, del Título IV del *Code Napoléon*, dedicado al régimen general de las obligaciones, después de enunciar el derecho del acreedor a la ejecución de la obligación (artículo 1331), se recogen también la acción subrogatoria (artículo 1331-1), la acción pauliana (artículo 1331-2) y las acciones directas (artículos 1331-3).

En concreto, el texto que se propone para suceder al bicentenario artículo 1166 cc dispone lo siguiente: «Art. 1331-1: *Lorsque l'inaction du débiteur compromet les intérêts du créancier, celui-ci peut, au nom du débiteur, exercer tous les droits et actions de celui-ci, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne*» (en traducción mía: *cuando la inacción del deudor comprometa el interés del acreedor, éste puede, en nombre de aquél, ejercitar todos los derechos y acciones que le correspondan, a excepción de aquellos exclusivamente atinentes a la persona*). La crítica que –en mi opinión– merece la disposición proyectada radica en haber investido al acreedor que procede judicialmente de una *representación directa* de su deudor, pero estoy adelantando cuestiones que pertenecen a otros lugares de esta sección, como el análisis sobre la clase de derecho del que ha de estar provisto el acreedor y sobre la conveniencia de un replanteamiento sobre las técnicas de tutela judicial que merece el acreedor.

³ El artículo 1234 cc italiano de 1865 disponía lo siguiente: «*I creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore*».

Por su parte, los artículos 611 y ss. [*cpc de 1865*](#) regulaban, en todo un capítulo, el «*pignoramento di beni mobili presso terzi e dell'assegnamento di crediti in pagamento*». El embargo de estos bienes, entre los que se encontraban los créditos del ejecutado, se entendía hecho desde la notificación al tercer deudor o poseedor del acto del tribunal acordándolo y por medio de esta notificación se emplazaba a las partes –ejecutante y ejecutado– a comparecer ante el tribunal en cuya demarcación tuviera su residencia o domicilio el tercer deudor. Pero no nos detendremos en ello por su propia historicidad.

soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare.

Il creditore, qualora agisca giudizialmente deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi»⁴.

2.2. LA EVOLUCIÓN ESPAÑOLA Y SU VINCULACIÓN A LA *EXCUSSIO BONORUM* DEL DEUDOR INTERMEDIO

§. La formulación española, sin embargo, discurrió por otros derroteros y desembocó en una diferente plasmación positiva.

En nuestro Derecho histórico la relación de nuestra acción subrogatoria con el *pignus in causa iudicati captum* no se llegó a perder como en el derecho consuetudinario francés y hoy su plasmación en el Código Civil todavía la vincula a la ejecución o, al menos, a un acto de embargo, del que queda como reminiscencia el requisito legal del artículo 1111 CC de haberse perseguido los bienes del deudor (*excussio bonorum*), como vamos a ver en este apartado.

§. Sin precedentes en el Fuero Juzgo visigodo⁵, el primer antecedente patrio de nuestra figura se encuentra en la Ley 3 del Título 27 de la Partida III, relativa a

⁴ Según el autorizado parecer de Rosario NICOLÒ, que participó decisivamente en los trabajos preparatorios de este Libro del *Codice civile*, el nuevo texto debía servir para «eliminar o, mejor, dar una solución negativa al problema, ya largamente discutido, de si la subrogatoria puede tener, al menos en algunos casos, carácter ejecutivo» (R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Libro Sexto, Roma, 1953, p. 8). Para entender esta contradicción, lo está planteando NICOLÒ con ese carácter ejecutivo o satisfactivo es si los acreedores *sub conditione* o *a término* pueden ejercitar, durante la fase de pendencia de su eventual derecho de crédito, la acción subrogatoria contra el *debitor debitoris* en un proceso autónomo y si, así ejercitada, podría el acreedor –llegado el término o purificado el crédito condicional– cobrarse allí mismo *pro solvendo*, hasta el límite de su derecho.

En todo caso, nótese que la citación del deudor intermedio en el proceso de cognición garantizaba que éste pudiera supervisar en qué medida estaba el acreedor deduciendo y realizando los derechos basados en su relación con el *debitor debitoris*. Y, en cualquier caso, adviértase también que el problema que plantea NICOLÒ está en Italia muy disminuido por las normas del *cpc* italiano del *pignoramento presso terzi*. La redacción del artículo 2900 *cc* obedecía a los estudios y a la técnica legislativa de su tiempo y, desde este punto de vista, puede decirse que el problema que planteaba este notable jurista estaba mejor *disimulado* en el artículo 2900 *cc* de lo que inicialmente estaba previsto en el artículo 106 del proyecto de Libro IV (sobre «Obligaciones y contratos») que preparó en 1936 la Comisión Real para la reforma de los códigos, que, bajo el título «acción subrogatoria», disponía descriptivamente que: «Qualunque creditore, per un credito scaduto o anche a termine, ha facoltà di esercitare tutti i diritti e le azioni del debitore ad eccezione di quelli esclusivamente inerenti alla persona del debitore. Affinché l'azione sia ammissibile, il creditore deve dimostrare il suo credito; ma non è necessario che egli sia munito di un titolo esecutivo; né che vi sia costituzione in mora del debitore, il quale tuttavia dev'essere chiamato in causa» (A. SANDONÀ, *Alle origini del libro “Della Tutela dei diritti”: “storia esterna”, natura ed ascendenze legislative, dottrinali e giurisprudenziali del VI libro del vigente Codice civile*, tesis dirig. C. Storti, Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto, p. 221, nota 792, [disponible v.e. en https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/168358/166162/phd_unimi_r07607_1.pdf]).

los bienes sobre los que debe ser cumplido el juicio; luego de enunciar que se tomen los bienes muebles en primer lugar y –si no bastan– los inmuebles, se dispone que:

«e quando todo esto no cunpliese para fazer la entrega deuen entregar al vencedor de las debdas manifestas que deuen al vencido fasta que se cunplan la quantia de la sentencia».

A partir de este momento se hace difícil encontrar disposiciones legales relativas al embargo de «deudas manifestas»⁶, pero su sentido no se perdió.

Los distintos fueros y las compilaciones reales se preocuparon más de evitar que el acreedor realizara, sin control de la autoridad, la aprehensión o prenda del deudor condenado y de sus bienes –o del fiador que aquel presentara–, que de regular el embargo de créditos.

Mientras, fuera del proceso, el florecimiento del comercio supuso la aparición y propagación de formas consensuales de garantías mediante cartas y contratos de fianzas, prendas e hipotecas particulares y generales. Estas formas consensuales de garantías, llamadas *instrumenta guarentigiata* o wadiadas, suelen asociarse históricamente al desarrollo comercial de las ciudades italianas en esta época, cuya expansión condujo a facilitar al acreedor un documento que le franqueara directamente el acceso al proceso de ejecución. Se trató al principio de contratos otorgados notarialmente o ante las autoridades locales por el que el

⁵ Son muy pocas las leyes relativas al proceso de ejecución compiladas en el Fuero Juzgo, que es la traducción tardía (en el siglo XIII) del *Liber Iudiciorum* de Recesvinto, en el que se recoge la práctica jurídica de los siglos VI y VII durante las monarquías visigodas. La ley que cabe relacionar más directamente con nuestra figura parece, precisamente, excluirla con la limitación personal y patrimonial que impone. Se trata de la Ley VIII, del Libro II, Título V, de origen desconocido, que manda que «*por un pleito ni por una cosa nengun omne non debe empennar su persona, ni toda su buena*», «*porque son muchos los omnes que por pleito de una cosa fazen a otro empennar sus personas é todas sus buenas*» y «*este enganno non queremos que vala, ni que se faga en ninguna manera (...)*» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latin y castellano: cotejado con los mas antiguos y preciosos códices*, Madrid, 1815, p. 40). Si se observa el resto del Fuero Juzgado, se verá que queda desmentida la inexistencia de coacción personal directa sobre el deudor o sobre el fiador. El arraigo del apresamiento por deudas permaneció todavía durante siglos, como muestran todas las prevenciones legales dirigidas a erradicarla entre particulares (y que fortaleció, claro, las estatales).

⁶ Vid., por todos, A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, “La ejecución de sentencias dinerarias en las Partidas”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012 [v.e. disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11129>], espec. pp. 173-175; y J. A. OBARRIO MORENO, “El embargo en la literatura jurídica de los reinos hispano medievales”, en *Glossae: European Journal of Legal History*, núm. 10, 2013, pp. 303-345 [v.e. disponible en <http://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2013/12/Obarrio-Embargo-PUB.pdf>]; y J. ORLANDIS ROVIRA, “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval (Notas para un estudio)”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 14, 1943, pp. 81 y ss. [v.e. disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1942-10008100183_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BLa_prenda_como_procedimiento_coactivo_en_nuestro_Derecho_medieval_\(Notas_para_un_estudio\)](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1942-10008100183_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26%231103%3BLa_prenda_como_procedimiento_coactivo_en_nuestro_Derecho_medieval_(Notas_para_un_estudio))]. Y sobre la *excussio bonorum* en particular, URQUIZU MEJÍAS, *La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español*, tesis dir. J.A. Obarrio Moreno, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2012, pp. 143 y ss. [disponible v.e. en <http://roderic.uv.es/handle/10550/27861>]

deudor reconocía la existencia de una deuda que, por tener la cualidad de *confessionata* o *manifestata*, constituían un título ejecutivo equiparable a la sentencia de condena. Su generalización en el comercio terminó por convertirlas en meras cláusulas de estilo que llegaron incluso a tenerse tácitamente por puestas en todo documento en el que constara la existencia de una deuda reconocida por el deudor. Cuando este paso se dio, la espitualización del principio de la responsabilidad patrimonial legal y universal estaba ya consumada; de lo que cabe dudar es de que esto no tenga que ver con el propio Derecho tardo-romano y de que sea preciso encontrarlo en el Derecho local francés⁷.

Todo esto unido alumbrará –como decimos– el *principio legal de responsabilidad patrimonial universal*, pero lo dispuesto en la ley de Partidas pervivió en nuestro Derecho, pese a la dificultad –nada desdeñable– que la diversidad de reinos y de jurisdicciones representó en esta larga época para la realización de todo acto ejecutivo. De hecho, al cabo de este estudio, estoy convencida de que la proliferación de jurisdicciones y de fueros locales, que en menor medida se sintió en España por la reunión de los diferentes reinos en la Corona, fue una de las causas más seguras que llevaron a acomodar la acción subrogatoria en un proceso de cognición independiente, en lugar de relacionarla con un acto tan marcadamente territorial como el del embargo.

§. Así, a finales del siglo XVII el jurista valenciano Nicolás BAS Y GALCERÁN sigue incluyendo en la excusión de bienes del embargo, cuya omisión se sanciona con la nulidad, «*non solum in omnibus bonis mobilibus, et immobilibus, sed etiam in iuribus, et actionibus non litigiosis neque intricatis*»⁸.

Por su parte, el prestigioso doctor castellano DÍAZ NOGUEROL expone en sus *allegationes iuris* los dos supuestos en los que el acreedor embargante puede dirigirse frente al *debitor debitoris* directamente en la ejecución⁹: 1º) cuando el acreedor dispone de instrumento garantigio con obligación general sobre los bienes del deudor en el que se le haya transferido créditos frente a terceros, en cuyo caso lo hace como si fuera el titular mismo, ya por cesión de acciones útiles o ya en virtud de hipoteca general (núm. 16); y 2º) cuando el acreedor procede a la ejecución de sentencia o exacción del crédito en virtud de obligación personal, en cuyo caso «*certum est quod potest contra dictum debitorem eo modo procedere, quo potest creditor suus, qui est debitor sui creditoris*» (núm. 17, con citas de otros).

⁷ En el Derecho procesal estamos en deuda con el prof. FAIRÉN GUILLÉN y sus diversos y rigurosos estudios históricos, de entre los que cabe destacar su *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia. La ordenació del Rey Don Martín I de 1403*, Valencia, 2004, donde se muestran los vínculos de la *actio iudicati*, los *instrumenta guarentigia* y los procesos ejecutivos medievales, que podía preparar el acreedor obteniendo del juez ordinario un *praeceptum de solvendo* frente al deudor a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

⁸ N. BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*, Valencia, 1690, Pars 1, Cap. 56, núm. 39.

⁹ P. DÍAZ NOGUEROL *Elenchus argumentorum allegationum iuris*, Lugduni (Lyon), 1693, alleg. XXXV, arg. V. *Debitor debitoris ut possit conveniri, quae requirantur*, pp. 361 y ss.

En esta última afirmación se ha perdido ya el requisito romano de que el crédito embargado deba ser confesado o reconocido por el *debitor debitoris* que, en cambio, sí se exige aunque dudosamente atenuado, como explica a continuación DÍAZ NOGUEROL, en la jurisdicción canónica.

El autor da cuenta de una reciente y conocida *Sacrae Romae Rotae Decissio*, la núm. 760 (de la que no se indica fecha, pero sí dice que es reciente y es conocida), en la que se enumeran los tres requisitos para proceder contra el *debitor debitoris* en el mismo proceso de ejecución. El primero es que el *debitor debitoris* confiese el crédito, aunque de este requisito se dijo que bastaba con que constara su existencia, bien de forma sumaria por instrumento público, «*aut alio modo, quia non debet esse in potestate debitori negando debitum, elidere jus creditoris*» (núm. 19). Aquí marca el autor «*differentia quae versatur inter confessionem clara, competit via executiva contra debitorem: si autem alio genere probationis, possit conveniri via ordinaria*». El segundo requisito es que el deudor fuera condenado frente al acreedor principal, para lo que es suficiente con que conste su débito en instrumento público por la eficacia ejecutiva que tiene aparejada, equivalente a la sentencia. Y el tercero es el de la excusión de los bienes del deudor, del que dice la Rota que puede prescindirse «*quando iure directo agitur contra debitor debitoris*», por lo mismo que no es precisa la excusión cuando el acreedor ejercita acciones personales, o la hipotecaria o el interdicto Salviano, de carácter posesorio.

Un siglo más tarde HEBIA BOLAÑOS seguirá acomodando en el proceso *de ejecución* –no en uno de cognición independiente, como consagró el derecho consuetudinario francés– la acción que el acreedor puede dirigir contra el *debitor debitoris*, pero sólo en el caso de que la deuda del deudor condenado sea *confesa* por el tercero:

«§ 14. Puedese también proceder contra el deudor del deudor, en el caso que se haya hecho excusión en los bienes del principal, y que conste no tener para pagar; y también se requiere, que el principal deudor haya sido condenado á la paga; y del mismo modo es necesario que el deudor de su deudor confiese el debido; y concurriendo todas estas cualidades, puede muy bien seguirse la execucion contra el tal deudor, como dice[n] el señor Salgado, y Noguerol»¹⁰.

§. Entrados en el siglo XIX los codificadores españoles desterrarán el sentido de *ampliación de la ejecución* que conlleva el embargo de los derechos del ejecutado frente a un tercer deudor, aunque sabemos por los comentarios de Eugenio de TAPIA y los de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBÁN, entre otros¹¹, que ese sentido, al menos, llegó hasta mediados

¹⁰ J. HEBIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, t. II, Madrid, 1797, [v.e. disponible en <http://hdl.handle.net/10115/11217>], p. 121.

¹¹ También cabe citar a GREGORIO LÓPEZ (*Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, t. II, Madrid, 1844, pp. 379-381), aunque se limitó enunciar el orden y el objeto de los embargos, en los que incluye «*las debdas manifestas que deven al vencido*», pese a no ser ajeno a las explicaciones que ya se habían ofrecido de las fuentes romanas, como muestran sus citas.

Los comentaristas SANPONTS y BARBA, MARTI DE ÉIXALA y J. FERRER Y SUBIRANA (*Las siete partidas del sabio Rey D. Alfonso el X con las variantes de mas interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, T. II, Barcelona, 1844 [v.e. disponible en <http://hdl.handle.net/10481/19276>], p. 710) se extienden un poco más, pero no muestran familiaridad: «los términos en que se espresa la citada L. 3. al disponer que, á falta de muebles

del ochocientos. A partir de este momento podemos suponer que la influencia codificadora civil francesa –no la procesal italiana– terminó por imponerse.

En concreto, TAPIA sigue incardinando el caso entre los supuestos de *ampliación* de la ejecución frente a tercero y enuncia los requisitos para su procedencia:

«El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, con que para ello concurren tres circunstancias. La primera, que aquel confiese el débito, ó por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal; la segunda, que este sea condenado á su solución; y la tercera, que á consecuencia de todo preceda excusión en sus bienes y no los tenga, ó no alcancen para el total pago, y no en otros términos»¹².

Por su parte, los juristas GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN incluyen los «derechos y acciones» del ejecutado entre los bienes sobre los que puede trabarse embargo, pese a que esta mención no la hallemos en el artículo 949 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, auspiciada por el propio GÓMEZ DE LA SERNA. Pero en sus *Elementos de Derecho civil y penal de España* el orden o excusión de bienes a embargar se describe así:

«Si requerido el deudor no paga en el acto, se procede al embargo de sus bienes muebles ó semovientes, y en su defecto al de los raíces, *derechos y acciones*»¹³.

§. Así pues, aunque suele justificarse en el aparente olvido de GARCÍA GOYENA la omisión de haber incluido la acción subrogatoria en el proyecto de

é inmuebles, se haya de trabar la ejecución *en las debdas manifiestas que decaen al vencido ó ejecutado* (...) según esto, no todos los créditos ó derechos podrán comprenderse en la ejecución, sino únicamente los que sean confesados á favor del ejecutado, según la L. 15 § 9. D. *de re judic.* citada por nuestro glosador [GREGORIO LÓPEZ] en la nota 12 del presente tit., ó los que sean líquidos y ejecutivos; pues, de otra manera, podría después hacerse ilusoria la ejecución trabada si pudiesen llegar á ser litigiosos los créditos que se hubiesen embargado: y así solo en falta de créditos ejecutivos podrán embargarse los que no lo sean».

¹² E. DE TAPIA, *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legislas*, t. IV, Valencia, 1837, p. 494. A renglón seguido TAPIA enumera los supuestos en que procede hacer excusión, que define como «un juicio en el cual se averiguan exactamente y diligentemente las facultades del principal deudor, á fin de que si está insolvente en todo ó en parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague contra fiadores ó secundariamente obligados», pero no desarrolla los modos de hacerla «pues por incumbir al juez y no al escribano, omito explicarlo; advirtiéndole que en una misma demanda y juicio se puede intentar y seguir la causa hipotecaria y la de excusión».

¹³ P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M- MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1843, p. 126 (la cursiva es mía). Como precedente histórico citan estos autores la Ley 12, Título XXVIII del Libro XI (*De los juicios executivos*) de la Novísima Recopilación, pero en el orden de excusión de bienes de esta Ley, que fue dada por Felipe II en 1566, no figuran los «derechos y acciones» del deudor, sino los «bienes muebles, y á falta dellos, en bienes raíces con fianzas de saneamiento». La referencia a los «derechos y acciones» del deudor como bienes susceptibles de ser entregados a los acreedores para la satisfacción de cuanto se les deba y evitar la cárcel por deudas, se encuentra en la Ley VII del Título XXXII (*De los juicios de acreedores; alzamientos, quiebras, y cesión de los bienes de los deudores*) del mismo Libro.

Código Civil de 1851¹⁴, no hay olvido en ese Código, sino en el de Enjuiciamiento Civil de 1855, que es donde hubiera debido ubicarse de acuerdo con la tradición histórica española sobre el embargo de «derechos y acciones» que enlaza con el Derecho justiniano.

Cuarenta años después no será la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 el texto que más se aparte de la tradición, puesto que en él se recogen, de un lado, los tradicionales *resconocimientos* y *confesiones* como título ejecutivo (artículos 1429.2º y 3º y 1430-1433 LEC) y, de otro lado, se prevé –con más rigor jurídico– que puedan embargarse al ejecutado sus «créditos y derechos no realizables en el acto» (artículo 1447.9º). El que –en mi opinión– se aleja de la tradición es el Código Civil de 1889, que, aunque no sigue los dictados civilistas francés e italiano de prescindir de la previa excusión de bienes que el artículo 1111 CC sí mantiene, sigue viviendo en el Derecho bizantino con su mención al ejercicio de los «derechos y acciones» del deudor intermedio y retrata a la acción subrogatoria como una facultad del acreedor.

Por consiguiente, y al contrario de lo que sostiene la doctrina mayoritaria bajo el influjo de las tendencias francesas e italianas, no sólo es posible relacionar en España los antecedentes de nuestra acción subrogatoria con el *pignus in causa iudicati captum* del Derecho romano, sino que es dable afirmar –por lo menos en lo que hace a los créditos dinerarios– que de él trae causa la disposición alfonsina de las Partidas. De ahí que las dificultades que todavía arrastramos para entender nuestro artículo 1111 CC radican, en definitiva, en su propia historia.

2.3. EL *PIGNUS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM* ROMANO Y EL *EDICTUM VII* DE JUSTINIANO

§. El Derecho romano ofrece antecedentes de la acción pauliana o revocatoria, también reconocida en el artículo 1111 *in fine* CC en favor de los acreedores singulares, pero más dudosamente –se dice– de la acción subrogatoria. No hace falta indicar que la propia opinión de la doctrina italiana hay que relativizarla, porque la existencia para ellos del embargo de créditos frente a un tercero ha estado presente –por los menos– desde los tiempos de la unificación italiana (y, por descontado, es presumible que su ordenamiento es el que menos diverge del Derecho romano).

Los antecedentes romanos de la *missio in bona* lo son, más bien, de los procesos concursales, que son otra manifestación de las ideas de sustitución/representación/legitimación perteneciente al terreno de la teoría general y que, ni más ni menos, muestran el remedio romano frente a la

¹⁴ El carácter involuntario de esta omisión lo han resaltado Á. CRISTÓBAL MONTES (*La vía subrogatoria*, cit., pp. 90-91) y M. I. POVEDA BERNAL (*La legitimación subrogada...*, cit. pp. 26-30) y se pone en evidencia por la afirmación sorpresiva que GARCÍA GOYENA deslizó, a propósito de la prescripción, en sus *Concordancias, motivos y comentarios* (t. IV, Madrid, reimpr. 1973, p. 305) que –junto con el proyecto– elevó al Ministro de Justicia en mayo de 1851, acerca de que «los acreedores pueden hacer valer todos los derechos y acciones de sus deudores que no sean pura y exclusivamente personales de éstos», pese a que el texto no lo recogía expresamente.

insolvencia colectiva. En estos antecedentes romanos se entremezclan los orígenes de la acción subrogatoria –enmarcada en un proceso de ejecución singular– y el poder o conjunto de poderes que se otorga a los acreedores para gestionar, administrar o sustituir colectivamente al deudor común en sus relaciones jurídico-patrimoniales con terceros, más acentuado en los procesos concursales.

§. De la ejecución singular lo que ULPIANO comenta en [Digesto 42.1.15](#), a propósito del *pignus in causa iudicati captum*¹⁵ y de lo dispuesto en un rescripto que se atribuye a ANTONINO PÍO (siglo II d.C., también llamado “Divo Pío”¹⁶) dirigido a los magistrados para que lo apliquen en la ejecución de sentencias y decisiones arbitrales, es que, aunque en el procedimiento cognitorio (fr. 2 y 8) los jueces pueden tomar en prenda los créditos o *pignus nomina* a falta de otros bienes¹⁷, deben tomar sólo aquellos *reconocidos* por el *debitor debitoris*, pues lo contrario (*si negetur*), pese a que se quiera que los jueces conozcan del *nomen* embargado, va contra el rescripto del Emperador (fr. 9):

D. 42.1.15.9, Ulp. 3, *De off. Cons.*: «*Sed utrum confessum nomen tantum capi possit an etiam si negat quis se debere, videamus. Et magis est, ut id dumtaxat capiatur, quod confitetur: ceterum si negetur, aequissimum erit discedi a nomine, nisi forte quis exemplum secutus corporalium pignorum ultra processerit dixeritque ipsos debere iudices de nomine cognoscere, ut cognoscunt de proprietate: sed contra rescriptum est*».

A renglón seguido ULPIANO se pregunta si los jueces mismos serán entonces los que demanden y exijan el crédito para aplicarlo a la deuda o si, por el contrario, venderán el crédito como se hace con las cosas corporales; a lo que el jurisconsulto responde pragmáticamente admitiendo cualquiera de las dos opciones: es necesario que hagan lo que les parezca más fácil para ejecutar la sentencia (fr. 10):

¹⁵ Sobre este *pignus*, antecedente del embargo, vid. A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)*, Murcia, 2012, espec. pp. 159 y ss. [disponible v.e. en <http://hdl.handle.net/10201/27996>]; y F. GUTIERREZ-ALVIZ ARMARIO, “Bosquejo del *pignus in causa iudicati captum* (Una forma romana de ejecución procesal forzosa)”, *Estudios Jurídicos*, Sevilla, 1978, pp. 407 y ss.

¹⁶ *Rectius*: No estoy segura de que el Divo Pío que mencionan los glosadores sea éste Antonino Pío o sea Antonino Caracalla; mi falta de seguridad no me la han aclarado los romanistas, que están en las mismas que yo, porque los glosadores lo relacionan con otro texto justiniano sobre la *missio in bona* que la doctrina actual civilista española se niega a relacionar con los orígenes de la subrogatoria.

¹⁷ D. 42.1.15.2, Ulp. 3, *De off. Cons.*: «*In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles, animales pignori capi iubent, mox distrahi, quarum praetium, si suffecerit, bene est, si non suffecerit, etiam soli pignori capi iubent, et distrahi; quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur; nam a pignoribus soli initium faciendum non est; quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad iura; exequuntur itaque rem iudicatam Praesides isto modo*».

D. 42.1.15.8, Ulp. 3, *De off. Cons.*: «*Sic quoque iudices exsequuntur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit: posse enim nomen iure pignoris, Imperator noster rescripsit*».

D. 42.1.15.10, Ulp. 3, *De off. cons.*: «*Item quid dicemus? utrum ipsi iudices convenient nomen exigentque id quod debetur et in causam iudicati convertent, an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant*».

§. Esta forma de realización de los derechos del deudor ejecutado frente a un tercer deudor aparece también en otro rescripto atribuido al Emperador Antonino Marco CARACALLA (siglo III d.C.), mencionado en [C. 4.15.2](#), que permite a la autoridad de la provincia compeler de cumplimiento a los deudores del condenado:

«*Si in causa iudicati Valentiis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi, et distrahi possit: debitores eius conventi ad solutionem auctoritate Praesidis provinciae compelluntur*».

Y tres siglos más tarde JUSTINIANO, además de reiterar el posible embargo de créditos, añadió –empleando ya un lenguaje que ha llegado hasta nuestros días– que el pretor podía embargar las *actiones* que competan al deudor:

[C. 8.21.1](#), Tit. C. de praetorio pignore Imperator Justiniano (a. 529): «*Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerunt, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt, praecipimus hoc eis licere decernere*».

A juicio del romanista DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, «el empleo de la palabra *actio*, en esta constitución, parece indicar que se podrían embargar los créditos aunque el deudor los discutiese, pero la redacción no es tan tajante que permita afirmarlo de manera rotunda, pues la formulación general de la embargabilidad de los créditos discutidos venía aceptada de antiguo»¹⁸.

La opinión de este autor frente a nuestra Ley de Partidas ya mencionada es más dubitativa: «Surge la duda, al analizar esta ley, de qué se considera “deuda manifiesta”. Cabe pensar que sólo aquellas deudas expresamente reconocidas por el deudor, de manera judicial o quizás extrajudicial, podían ser embargadas. Sin embargo también es posible suponer que bastara para considerar una deuda “manifiesta” el hecho de que no hubiera sido negada o contradicha por el deudor, debiéndose precisar entonces si bastaba una mera negativa o reticencia al pago para hacer el crédito inembargable o era precisa una oposición procesal del deudor»¹⁹.

Como veremos, esta preocupación también la tuvieron los glosadores, que procuraron evitar interpretaciones literales de la *negatio* del tercer deudor, en prevención del fraude y del dolo.

§. Cuestión distinta es que fuera fácil este camino alternativo a la venta del crédito.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES es de la opinión de que la sentencia no era en Roma directamente ejecutable frente al *debitor debitoris* y de que era preciso instar un procedimiento contra el subdeudor que, en caso de condena, podría

¹⁸A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio...*, cit., p. 166.

¹⁹A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, “La ejecución de sentencias dinerarias en las Partidas”, loc. cit., p. 174.

dar lugar a un sucesivo *pignus* judicial «que dejaría en suspenso el primero, hasta que se llegasen a subastar, con éxito, los bienes del subdeudor»²⁰; pero no puede confirmarse una afirmación tan concluyente sin entrar en el terreno de la interpretación.

Lo que parece deducirse del fragmento de ULPIANO es que la propia autoridad judicial era quien se dirigía contra el *debitor debitoris* en el seno del proceso de ejecución, pero sólo en el caso de *confessum nomen*. La glosa difundió más tarde²¹ que en estos casos se debía proceder al nombramiento de un curador, al igual que sucedía en la *missio in bona* y en las ventas judiciales²²; y se señala a BALDO como el glosador que marca el cambio de rumbo del embargo de créditos del deudor en el proceso de ejecución hacia la configuración de una acción ejercitable por el acreedor en proceso de declaración, con su sugerencia de que fuera el mismo acreedor quien pudiera ser designado por el pretor para el oficio de curador, puesto que, tratándose del *pignus* convencional de créditos, ya en tiempos de Alejandro Severo (s. III d.C.) al acreedor se le concedieron acciones útiles contra el *debitor debitoris*²³. DOMAT, CANTONI, BETTI y CRISTÓBAL MONTES se abonan a esta última posibilidad que permitiría al acreedor actuar –a juicio de este BETTI– como *sustituto procesal* del deudor frente a los terceros, que es lo que terminó consagrándose durante el

²⁰ A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio...*, cit., p. 163.

²¹ O eso, al menos, afirman, entre otros, E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., pp. 364, con cita de ZUCCONI, “L'origine storica dell'azione surrogatoria”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 749 y ss.; A. CANTONI, “Le origini dell'azione surrogatoria”, loc. cit., pp. 46-47; G. MANFREDINI, “Appunti in tema di azione surrogatoria”, loc. cit., p. 493; y Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., p. 27.

²² BETTI se inclina por esta interpretación (*Teoría general de las obligaciones*, cit., p. 362): «(...) el caso en que el tercero, deudor del deudor, no sea *confessus*, esto es que no reconozca el pretendido crédito del deudor, y no subsistan sino créditos controvertidos sobre los cuales se dirige el *pignus*. No se aprecia fácilmente cuál sería el remedio aplicable en tales casos; pero es de suponer que entonces el magistrado no tuviese poder de vender o exigir el *pignus*; podría hacerlo cuando el litigio estuviese resuelto y el crédito comprobado. Para proceder a esta comprobación se encarga a un curador de promover las acciones declarativas de los derechos en lugar del acreedor cuyo derecho se ha pignorado, previa suspensión del procedimiento ejecutivo». Por su parte, CRISTÓBAL MONTES (*La vía subrogatoria*, cit., p. 23) sostiene que el acreedor favorecido por el *pignus* judicial no ejercitaba los *nomina debitoris* por sí mismo, como sí se hacía en el *pignus* convencional; debía hacerlo a través del magistrado encargado de la ejecución y, una vez obtenida la condena o la *confessio in iure*, eran los *apparitores* o *exsecutores dati* los que procedían al cobro del crédito o a venderlo, para entregar al acreedor lo obtenido. Sobre el papel de estos delegados judiciales puede verse A. A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio...*, cit., pp. 100 y ss.

²³ Así aparece recogido en C. 8.16.4: «*nomen quoque debitoris pignori et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, (nisi ei, cui debuit solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus) utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet*».

Derecho francés intermedio mediante la fórmula «*chi s'oblige, oblige le sien*»²⁴.

§. En esto es en lo que se basa la doctrina moderna para retrasar hasta la glosa los antecedentes de la moderna acción subrogatoria y extraer «la conclusión de que también para los glosadores y comentaristas el juicio de declaración contra el tercer deudor constituía un procedimiento de cognición separado y distinto del procedimiento de ejecución» (BETTI²⁵). Y –en parte– no se equivoca la doctrina, porque todo eso cabe seguir manteniéndolo aunque la acción subrogatoria se ponga al servicio del embargo de créditos, siempre que éstos sean vencidos, no sean condicionales y tampoco se encuenten ya *sub iudice*. De hecho, esa afirmación proviene del gran romanista, civilista y procesalista que fue Emilio BETTI y que tenía frente a sí, en el *pignoramento presso terzi*, la prueba de que la concepción “autónoma” de la acción subrogatoria procedía del Derecho común por las peculiaridades de la estructura feudal y acusadamente territorial de la Edad Media. Por lo mismo, BETTI no consideraba al moderno acreedor que ejercitaba la acción subrogatoria un *procurator in rem suam*, sino ya un sustituto procesal, si bien dotado –nótese bien– de *legitimatío ad petitionem*, y no de *legitimatío ad causam petendi*, empleando aquellos términos con el fin de expresar en la legitimación del acreedor una reipersecutoriedad que aparecía con toda evidencia en el embargo de créditos y que aplicó al supuesto de la acción subrogatoria y al resto de casos que el autor incluyó en la categoría de la sustitución procesal.

§. En realidad, fueron tantas las opiniones que vertieron los glosadores y tan variadas las fuentes que manejaron y que mezclaron, que resulta difícil sostener esta conclusión como interpretación predominante y atribuírsela a los glosadores.

El propio CRISTÓBAL MONTES, tras examinar las opiniones de ACCURSIO, de BARTOLO y de BALDO, contradice la extendida opinión que ubica en estos intérpretes la formulación de la moderna acción subrogatoria; para él, sólo en la glosa de BALDO, con la sugerencia de que pudiera ser designado *curator bonis*

²⁴ BETTI sostiene que, al tiempo de los glosadores, «ya no se trata de un curador nombrado por un magistrado, sino que el acreedor mismo está legitimado para promover el proceso declarativo» (*Teoría general de las obligaciones*, cit., pp. 361 y 364).

Lo mismo afirma CANTONI (“Le origini dell’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 46-47), quien rebate la postura, sostenida por LABBÉ, de que en la *missio in bona* o en la *pignoris capio* pretoriana el magistrado dirija o supervise el procedimiento de ejecución, para sostener que lo que hace el pretor es investirle de un derecho de prenda en virtud del cual procede a la ejecución.

DOMAT, por su parte, refiere que, entre los mecanismos para prevenir los fraudes que se hacen en perjuicio de los acreedores, «es natural y conforme a nuestra usanza y a las reglas mismas del Derecho romano que los acreedores puedan ejercitar todos los derechos y las acciones de su deudor, como se encuentra expresamente establecido en C. de praet. Pign.» (“Le legge civili disposte nel loro ordine naturale”, 1ª ed. florentina, con adic. A. Padovani, t. III, Florencia, 1834, p. 247).

²⁵ E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., p. 364.

el propio acreedor, cabe situar ese germen, que representa «un giro copernicano en el tratamiento de la materia que nos ocupa»²⁶.

Lo que, en todo caso, es seguro es que esta interpretación mayoritaria silencia la flexibilización interpretativa a la que los glosadores –especialmente, PLACENTINO– sometieron el supuesto de exacción del *confessus nomen* para no estimular el fraude y mantenerla en la vía ejecutiva (en la que, además, el tribunal podía conocer sumariamente de las cuestiones que le fueran planteadas); y, si tenemos que estar a la plasmación francesa de la *action oblique*, es posible que descontextualice los orígenes de una acción que probablemente –como hemos visto con DÍEZ NOGUEROL–, sea, sí, una elaboración del propio Derecho común, pero procedente de la jurisdicción canónica. Con todo, se trata de una cuestión interpretativa; pero no hay que perder de vista que el *pignus in causa iudicati captum* es romano y que es el medio –procesal– de hacer efectiva la responsabilidad singular y patrimonial del deudor en el Derecho justinianeo.

§. Así, si examinamos la *glosa magna* de ACCURSIO²⁷ veremos que, aun con algunas ambigüedades derivadas de tener que compatibilizar lo que dice a propósito del rescripto de Caracalla de C. 4.15 con lo que recoge sobre el orden de excusión de bienes de los embargos pretorios y judiciales al hilo de C. 8.22 y 23, la cuestión se reconduce –o, al menos, así se infiere– al proceso de ejecución en todo caso.

La prelación de bienes embargables continúa siendo el establecido de antiguo de acordarlo «*super mobilibus rebus, et immobilibus, et semovientibus, sed etiam super actionibus*», a las que BALDO se refiere como «*iuribus et actionibus*» y ACCURSIO como «*nomnibus debitorum*».

Sobre estos *nomina debitoris*, ambos glosadores, en sus respectivas anotaciones a C. 4.15, comparten la misma opinión: «*si debitor condemnatus aliàs solvendo no est, in subsidium venit ad nomina debitori an ipsius: et in ipsis nomnib. fit executio exemplo iudicati*»²⁸. Lo que es revelador de una situación que hoy calificaríamos de responsabilidad subsidiaria y cuantitativamente limitada en que quedaban los terceros deudores en el proceso de ejecución seguido por el primer acreedor contra el deudor intermedio. De esta opinión no discrepa ACCURSIO, sino que, por el contrario, la ilustra con un ejemplo que resuelve afirmando que los terceros que son los deudores del *nomen* embargado «*ad solutionem compellitur*», sin

²⁶ Á. CRISTÓBAL MONTES (*La vía subrogatoria*, cit., p. 27).

²⁷ F. ACCURSIUS, *Codex Justiniani*, París, 1559, espec. sus glosas a C. 4. 15, Tit. *Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat*, col. 673-674; y a C. 8.22, Tit. *De praetorio pignore*, y C. 8.23, Tit. *Si in causa iudicati pignus captum sit*, col. 1847-1848, de donde se extraen las citas literales del texto principal. Complica un poco su entendimiento actual el que, de un lado, ACCURSIO habla de dos clases de *pignus*, el pretorio y el convencional, al tiempo que, de otro lado, aclara que el *pretorio*, que toma su denominación de haber sido establecido en el Derecho pretorio romano, es acordado por el juez en caso de rebeldía del demandado y conlleva para el acreedor la *missio in bona*, mientras que *judicial* dice ACCURSIO que se llama al embargo acordado por delegado.

²⁸ F. ACCURSIUS, *Codex Justiniani*, cit., col. 673; y BALDI UBALDI PERUSINI, *Commentaria in digestum vetus et novum et codicem*, vol. 1, Venecia, 1577, ad Tit. *Quando fiscus vel privatus debitori sui debitores convenire possit vel debeat*, fol. 29.

referencia –aquí– a la interposición de *curator bonis* o *procurator* alguno, ni a proceso independiente.

Esta idea –en principio– clara queda, sin embargo, oscurecida con la cuestión de si el crédito del deudor frente a tercero debe o no ser confesado, porque ACCURSIO circunscribe el examen de esta cuestión a la ejecución de deudas con el fisco, en cuyo caso los deudores del deudor debían ser compelidos «*ad solutionem auctoritate praesidis provinciae*». El glosador refiere a BALDO – que considera supuesto especial el cobro de deudas fiscales–, la opinión de que estos *debitores debitori fisci* eran compelidos «*per officium procuratoris*», mientras que él lo contrasta con el embargo pretorio para decir que se hace *officio iudicis* y recordar que los jueces, según el rescripto de Divo Pío, no pueden conocer de la deuda controvertida «*si neget debitor debitoris*».

Puesto que la Ley 15 de D. 42.1 asimila el *confessus nomen* al *nomen non negatus*, ACCURSIO plantea directamente el interrogante de si es preciso que también el *debitor debitoris* reconozca o confiese su débito, para distinguir entre la *desmemoria* («*nemo scit*») de las *negaciones maliciosas* de los terceros deudores («*negetur per malitiam*»). En el primer caso –dice– el crédito debe reputarse cosa corporal y, en consecuencia, seguirse ejecución contra el tercer deudor (sin necesidad, en el caso que ejemplifica, de «*convenitur a fisco*»); en el segundo, en cambio, debe procederse a nombrar un *curator bonis* para que ejercite la acción contra el tercero (que en el caso ejemplificado será un procurador del César encargado de llevar cuestiones entre particulares): «*Nec distinguo utrum negetur per malitiam, an non: licet P[laacentinum] distinguat. (...) quia nemo scit: tum quia non est differentia inter res corporales et nomina: qd lex praedicta videtur velle aperte. Si quaeras, quid si malitiose negat? Respond[eo]. dabitur curator bonis, qui actiones moveat et exerceat (...) Possum etiam et alio iure convenire debitorem debitoris similiter iure communi, videlicet hypothecaria: et tunc serva quod dicitur*» (los corchetes son aclaratorios).

La labor interpretativa debe completarse con la parca explicación de ACCURSIO, a propósito de C. 8.23, sobre la *missio in nominibus* del *pignus* pretorio, que da por finalizada con lo ya dicho tras afirmar lo siguiente: «*Rú. quia vocato nomine, et cósitéte debitú corá iudice, iubebit iudex id esse pignorari: et sic ut aliàs habet creditor utilem cótra debitoré ex solá cóvetione, ita hic ex quassi missione datur hypotecaria*». Palabras que pueden entenderse en el sentido de que, en el mismo proceso (de ejecución), la *missio in nominibus* consiste en que el acreedor puede dirigirse contra el tercer deudor y el juez proceder como si el acreedor estuviera provisto de acción hipotecaria (= ejecutiva), pues no tendría sentido lo contrario; esto es, que los efectos nocivos que pretenden evitarse mediante la equiparación del silencio con una confesión o admisión del *nomen* terminaran, a la postre, estrangulando la continuación del proceso de ejecución, ahora ampliado frente al *debitor debitoris*, mediante una *missio in bonis* que desactivara este efecto.

BARTOLO, en cambio²⁹, se extiende más en prolijas y extensas explicaciones sobre la extensión de la jurisdicción del tribunal ejecutor, los actos de auxilio jurisdiccional y las limitaciones de la delegación en funcionarios del príncipe y en nuncios canónicos, que en desarrollar el embargo de los *nomina*, del que

²⁹ Vid. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Bartoli interpretum iuris civilis Coryphaei, in tertium tomum Pandectarum, Digestum novum commentari*, Basilea, 1562, fols. 283-290, v. e. disponible en <http://hdl.handle.net/10481/11028>).

apenas dice que los jueces pueden «*quae exigent vel vendent, ut iudici videbitur*»³⁰.

No me consta que este glosador se planteara el requisito de la confesión para hacer embargable el *nomen debitoris*, aunque la confesión sí la trató por extenso en sus glosas. Lo que sí se planteó son las diferencias del *pignus nomina in causa iudicati* con el *pignus* convencional. Así, frente a quienes opinan que los *nomina* deben asimilarse a los bienes muebles para responder en primer lugar como en la prenda extrajudicial, defiende su subsidiariedad en el caso del embargo, a causa de «*nec debet elegi via qua retardaretur*»³¹. Y también distinguió una y otra por el efecto *pro soluto per toto debito* del *pignus* convencional, en el que presenta el sentido de evitar un litigio en estos supuestos, del efecto *pro solvendo* del judicial, en el que el valor del *nomen* se imputa a la ejecución de la sentencia y, si no alcanza, se debe dar un suplemento.

Por su parte, BALDO —ciertamente— afirma que «*poterit ipsemet creditor esse curator*»³², como recuerda la doctrina moderna. Pero, con la excepción de CRISTÓBAL MONTES³³, se omite decir que queda como último remedio cuando la deuda del tercer deudor no sólo es negada y cuando además tampoco es posible valorar su existencia por otros medios en el propio proceso de ejecución. Lo que CRISTÓBAL MONTES silencia es que, aún en el caso de actuar el acreedor ejecutante en calidad de *procurator in rem suam*, la interpretación de los pasajes de BALDO conducen a considerar que esta alternativa constituye para él una «*missio in cuasi possessione nois debitoris*»³⁴, que permite dudar de si seguimos estando —o no— en el seno de un proceso de ejecución y de si, en caso negativo, se habrá operado entonces una verdadera transmisión *pro solvendo* del *nomen/ius/actio* embargado a favor de ese *procurator in rem suam*. Queda avisado el lector de que quienquiera que se adentre a desentrañarlo penetra y queda atrapado en el bucle de la historia del Derecho civil y del Derecho procesal, por no mencionar otros más intrincados, del que —en esta tesis— se propone salir sacrificando en parte la sustitución —digamos— “sólo procesal”: la pura imagen de que un sujeto, por ejercitar los derechos de otro, le sustituye tan enteramente que es posible prescindir de las garantías fundamentales básicas del derecho de defensa y del principio jurídico-procesal de audiencia.

En su glosa a D. 42.1.15, BALDO circunscribe al fisco el *privilegium* de poder seguir la ejecución directamente contra el *debitor debitoris* sin necesidad de condena: «*sed sufficiat debitum sit liquidú et appareat*

³⁰ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Bartoli interpretum...*, fol. 290.

³¹ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Bartoli interpretum...*, cit., p. 287.

³² BALDI UBALDI PERUSINI, *Commentaria...*, cit., fol. 29 vto.

³³ CRISTÓBAL MONTES interpreta que son *cuatro* los requisitos que BALDO señala para que el acreedor pudiera, como *curator bonis* del deudor ejecutado, dirigirse frente al *debitor debitoris*; pero para no hurtar al lector de su propio criterio reproduzco literalmente sus palabras: «Baldo intentará sistematizar la materia al señalar las condiciones para se permita la ejecución sobre los *nomina debitoris*: a) *debitoris condemnatio*, b) *bonorum excussio*, c) *debitoris exigendi confessio*, y d) *missio in quasi possessione nominis debitoris*» (Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., p. 27).

³⁴ BALDI UBALDI PERUSINI, *Commentaria...*, últ. loc. cit.

principalem et alias non esse solvendo», pues la iliquidez «*requirit ordo*»³⁵; y, de otro lado, enumera tres requisitos que han de concurrir tratándose de particulares, a saber: «*códemnatio, bonorú excussio, debitoris exigendi confessio*»³⁶. Frente a estos tres requisitos, si el acreedor embargante es el fisco se exigen, además de la liquidez, dos ulteriores: «*discussio et debitoris exigendi confessio*».

Puesto que el requisito de la «*debitoris exigendi confessio*» es común a ambos supuestos, BALDO se extiende en exponer qué debe entenderse por este *debitoris exigendi confessio* (que, traducido en términos actuales, parece un derecho del todo procesal) y, así, frente a quienes sostienen la literalidad de la *negatio* del *debitor debitoris* para abstenerse de ampliar la ejecución como manda el rescripto de Divo Pío, nuestro autor se alinea con PLACENTINO – lo mismo que ACCURSIO – y defiende una interpretación flexible en la que el juez puede tener por cierto el débito del tercero, pese a que este lo niegue calumniosamente, cuando «*constat per probationem probata, id est per instrm. (...) Verun est dicto Placen[tinum] et maxime in cá fiscali, quod possit cogit ad confitendo: ex quo constat de veritate*».

El problema surge cuando el *nomen* es negado y no consta *per probationem*; en cuyo caso sostiene BALDO que «*quia ad instantiam creditoris dabit curator bonis debitoris, qui p[ro]prio no[m]i[n]e có[n]venit debitoré debitoris, gl. simile no. in l. ab hostibus, in prin. ff. ex quibus causis mauio. et poterit ipsemet creditor esse curator*». A ningún estudioso se le habrán escapado –a estas alturas– las diversas interpretaciones que pueden darse al «*qui proprio nomine convenit debitorem debitoris*» (hago notar que los términos *proprio nomine* no indican aquí el sentido moderno de *en nombre propio*, sino el del *mismo crédito* del deudor intermedio frente al *debitor debitoris*).

En cualquier caso, lo que importa ahora es que aquí no se detiene el glosador. A continuación apunta que cualquiera que sea la acción ejercitable (hipotecaria, o útil personal, o útil hipotecaria, u otra como la pignoraticia), «*est necessaria executio*», lo que ha de entenderse en el sentido de que nos mantenemos dentro de la ejecución por la salvedad que establece a continuación: «*nisi creditor fecerit in instro se pcuratoré constitui in rem suam, id est, sibi madari directas actiones: qà túc nó est necessaria executio, cú nó agit ipse ut ipse, sed in p[er]sona suí debitoris*». Parece –y aquí entramos en el terreno de la interpretación– que sólo en esta salvedad se podría ver el germen de la moderna subrogatoria italiana, ya que en los supuestos anteriores el acreedor obra «*ipse ut ipse*» y en el mismo proceso –se entiende– de ejecución. Pero no nos dice BALDO de qué depende esta alternativa: si de la sola voluntad del acreedor (porque fueran alternativas la vía de la ejecución y la del proceso declarativo); o de que, p. ej., falte –como en las deudas fiscales– el requisito de la liquidez del *nomen*; o de que, p. ej., lo que falte sea jurisdicción o fuero al juez para conocer del *nomen* frente al tercero. Cabría también pensar en que, dado que el *pignus* puede recaer «*super iuribus et actionibus*», el derecho en cuestión fuera no dinerario, sino sobre cosas corporales, aunque en la medida en que hace falta ejecución («*est necessaria executio*») parece que nos mantendríamos en el mismo proceso del *pignus in causa iudicati*. Las incógnicas interpretativas aumentan con la hipótesis que plantea BALDO de que el *debitor debitoris* no niegue el crédito

³⁵ BALDI UBALDI PERUSINI, *Commentaria...*, últ. loc. cit..

³⁶ BALDI UBALDI PERUSINI, *Commentaria...*, cit., fol. 29 vto, al que también corresponde el resto de citas que siguen en el texto principal.

(que le une a él mismo con el deudor intermedio, el ejecutado), pero sí oponga excepciones, en cuyo caso también procede la ejecución si el *debitor debitoris* no las prueba: «*Sed pone, quod debitor debitoris no fatet, nec negat* [ilegible], *sed opponit exceptionem, et non probat: nunquid poterit executio*».

Además, de otro lado, la cuestión se complica más cuando BALDO remata la explicación preguntándose si «*prius faciat missio in ipso no[m]i[n]e ante q[ui] ipsum nomé possit exigit*» y contesta que en esto que acaba de explicar consiste la *cessio in nominibus* según el rescripto de Divo Pío. Es decir, que los requisitos –concluye BALDO– para que en la ejecución entre particulares pueda exigirse el crédito frente al *debitor debitoris* son *siempre tres*, y no los cuatro que sostiene nuestra mejor doctrina: «*condemnatio, executio, confessio, vel id quod p. confessione habetur: et missio in quasi possessione nois debitoris*».

En la obra de BALDO se advierte, pues, que: 1º) existe la *excussio bonorum* típicamente romana de la que prescindió el Derecho local francés; 2º) el acreedor actúa como *procurator in rem suam*, asimilado al *curator boni captivis*³⁷, que hoy la doctrina española explica como una legitimación por sustitución (pero que la doctrina moderna italiana agrupa en la legitimación procesal en la que están incluidos los administradores concursales); y 3º) las acciones que BALDO refiere son *directas y ejecutivas* en un sentido que no es el actual, en el que es *communis opinio* que la acción subrogatoria permite a su través que el acreedor consiga la satisfacción de su crédito *oblicuamente*, esto es, haciendo entrar en su patrimonio embargable los bienes y derechos del ejecutado aparentemente insolvente para poder dirigir contra ellos la fase de realización de valor de la ejecución forzosa.

En definitiva, estas opiniones muestran que –hoy como ayer– los *punctuns pruriens* que plantea el *pignus nomina debitoris* (*vel iura et actiones*) son dos: 1º) la constancia de su existencia y el valor que deba darse a la *negatio debitoris debitorum*; y 2º) cómo realizar o llevar a cabo la *cessio in nominibus*. La cuestión del orden o excusión de los bienes es, en el fondo, un problema secundario y técnico, que dependerá de cómo se conteste a la primera pregunta y de si la respuesta que se dé complica o retrasa la ejecución en comparación con la realización sobre otros derechos y bienes del deudor. Pero también muestran los problemas actuales, que radican en reubicar la “acción” subrogatoria en el seno del proceso de ejecución.

§. En cualquier caso, el Derecho histórico español –como hemos visto– se mantuvo más apegado a los orígenes tardo-romanos, que, por otro lado, también proporcionan fuentes que apuntan a la idea de la responsabilidad patrimonial legal del deudor y la preocupación del Emperador por hacerla efectiva.

³⁷ A este curador se refiere el pasaje de D. 42.4.6.2, *Paul. 57 ad edic.*: «*Si ad hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statis bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur*».

En el Derecho justiniano encontramos un poco conocido supuesto de *acción subrogatoria* en el [Edictum VII. Cap. III](#) promulgado por JUSTINIANO en el año 542 a instancia del gremio de los banqueros³⁸.

Para entender su justa, relativa y gran importancia, hay que decir que tras la caída del Imperio en el s. III d.c., la actividad bancaria experimentó un fuerte desarrollo que se frenó en seco a partir del año 541 por la crisis de peste y las guerras contra los persas; hasta entonces los banqueros, que se habían organizado en gremios, persuadieron al Emperador, aprovechando que el puesto de *Comes Sacrarum Largitionum*³⁹ lo ocupaba uno de ellos, Pedro Barsymés, para conseguir del Emperador la promulgación de este edicto, dirigido al *Comes*.

En virtud de este Edicto, el Emperador resolvió conceder a los banqueros y – por razones de equidad– a quienes con ellos contratan, la *facultas* «*adversus illos [debitores vero reliquerint, aut res aliquae apud illos depositae vel suppositae a quibusdam inveniantur] competentes actiones movendi et ex illis satisfactionem sibi parandi*»; es decir, la “facultad” de promover las acciones correspondientes para dirigirse directamente frente a quienes detentan bienes del deudor y contra los deudores que éste tuviera, a fin de procurarse de esta forma la satisfacción de sus créditos. La razón histórica, por las pestes y la situación de crisis económica del Imperio, radica en que habían muerto, desaparecido o ido a la guerra muchos de los deudores de los banqueros; por este motivo, JUSTINIANO llega a concederles *actiones hypotecarias* –léase ejecutivas– aun en el caso de que en sus instrumentos crediticios no se haga mención de hipoteca, como si estuvieran implícitas en ellos: «*quasi aea naturaliter argentariorum et cum ipsis contrahentium, contractus sequantur*».

§. A la vista de estos antecedentes que no es el caso de desarrollar más por la propia historicidad de los orígenes de la acción subrogatoria⁴⁰, se ha de

³⁸ Así la ha calificado la mejor doctrina romanista patria, A. DÍAZ BAUTISTA (padre) en sus *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, p. 6, de la que hace la advertencia del desbordamiento de la limitación personal de la *obligatio* romana en esta época.

³⁹ El *Comes Sacrarum Largitionum* era, según VARELA GIL (vid. su *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho romano*, Madrid, 2007, pp. 179-180) «el ministro del Fisco que, desde Constantino, se fundamentalmente de la recaudación de los títulos *largitionales* (entradas de los dominios públicos, viejas tasas en dinero supervivientes a la inflación, *collatio glebalis*, *collatio lustralis*, aduanas, impuestos que pagaban los judíos y determinadas penas pecuniarias». Las funciones de recabar esa *collatio glebalis et lustralis* fueron nuevos impuestos en dinero que introdujo CONSTANTINO para gravar, respectivamente, a los senadores su patrimonio fundiario e imponer a los comerciantes un canon quinquenal; el primero llegó hasta el año 450 d.C. y el segundo hasta los inicios del siglo VI.

⁴⁰ El lector actual y futuro encontrará los orígenes y sus desarrollos en los libros de Derecho romano y en los de Historia del Derecho, pero también en los de Derecho civil y en los de Derecho procesal. Para los italianos, que tienen mayor accesibilidad a las fuentes romanas, no tendrá el lector que convencerles de que los orígenes del *pignus in causa iudicati captum* es romano, pero sí tendrá que persuadirles para que admitan que en ese *pignus* se hallan los orígenes de la moderna acción subrogatoria cuando se reconduce a la unidad y se expresa con el lenguaje que emplea el legislador cuando escribe normas jurídicas como la del artículo 1111 CC español o el artículo 2900 cc. En Francia la persuasión que toca desarrollar para convencer

convenir con GULLÓN BALLESTEROS⁴¹ en que, a diferencia de las acciones subrogatorias francesa e italiana en la que se omite toda referencia al posible carácter ejecutivo de nuestra figura y, por ello, se han querido presentar como desvinculadas de un proceso de ejecución, nuestra acción subrogatoria sí presenta analogías con el *pignus in causa iudicati captum* tardo-romano y se ha mantenido ajena a la evolución posterior que condujo a la autonomía formal de la acción subrogatoria del artículo 1166 cc francés y –sobre todo– del artículo 2900 cc italiano (sobre el que todavía volveremos más adelante).

En el caso del Derecho español, el pasaje de ULPIANO en Digesto 42.1.15 debe considerarse inspirador de la nuestra Ley 3, Título 27, de la Partida III, cuyo sentido llegó, al menos, hasta mediados del siglo XIX y, como una reminiscencia, nuestro artículo 1111 CC conserva el requisito de la excusión de bienes.

3. El fundamento y las equívocas funciones de la acción subrogatoria “autónoma”

3.1. DEL “DERECHO DE PRENDA” DEL DEUDOR A SU SITUACIÓN DE SUJECCIÓN A DEBERES JURÍDICOS

§. Nadie duda hoy de que el fundamento de la acción subrogatoria se encuentra en la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que el artículo 1911 CC enuncia y condensa en el enunciado de que «*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*». Por ahora, nos vale la idea de que lo que expresa este principio⁴² es que todo el patrimonio del deudor es el punto de referencia de la coacción jurídico-civil y que los bienes y derechos que lo componen no conforman ni limitan la responsabilidad del deudor, sino que son su garantía en

a los franceses de que su *action oblique* tiene sus orígenes en el *pignus in causa iudicati* constituye una tarea ardua que dejamos a la doctrina civilista española.

Personalmente, no encuentro problemas para admitir que la *action oblique* es ejercicio de una prerrogativa del acreedor que le permite provocar o hacer valer los derechos jurídico-patrimoniales de su deudor cuando la inacción de éste y el pertinaz incumplimiento del *debitor debitoris* provoca un perjuicio a los acreedores del primero. Ahora bien, buscar la naturaleza del artículo 1111 CC no puede hacerse de espaldas a su historia y cualquier producto que la imaginación alcance a diseñar no es capaz de negar la evidencia de la propia *historicidad* de la acción subrogatoria. Huelga decir que a los procesalistas no hay que convencernos de que los orígenes del Derecho procesal están en Roma, aunque su consideración científica sea muy posterior.

⁴¹ A. GULLÓN BALLESTEROS, *La acción subrogatoria*, cit. loc., p. 104.

⁴² Vid., aunque volveremos sobre ello más adelante al tratar la naturaleza de la acción subrogatoria, F. DE CASTRO Y BRAVO, “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudios de los artículos 1911 y 1111 CC”, en *Revista de Derecho Privado*, año XIX, núms. 226-227, julio-agosto 1932, pp. 194-196; L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, “La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 137-145, y *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 123 y ss.; y F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, 2ª ed., Turín, 1997, pp. 17-25.

el sentido de que todos ellos sirven para dotar de efectividad esa responsabilidad⁴³.

Este fundamento explica que la acción subrogatoria y la acción pauliana constituyen –como hoy se asume mayoritariamente– *medios de conservación* de la garantía patrimonial del deudor. La pauliana permite al acreedor reaccionar, mediante una acción de carácter rescisorio, frente a actos dispositivos inicialmente válidos del deudor que perjudican al acreedor en cuanto producen una disminución patrimonial; la acción subrogatoria, en cambio, permite reaccionar frente a otro tipo de comportamiento, la inactividad del deudor, y también está dirigida a conservar la suficiencia patrimonial del deudor, si bien con una *finalidad reintegrativa*. Se trata, como dice, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, «de conseguir que ingresen en el patrimonio del deudor aquellos bienes o elementos patrimoniales que pudiendo formar parte de él y pudiendo ser soporte de su responsabilidad, no lo son a causa de una conducta omisiva de su titular, también con perjuicio de sus acreedores»⁴⁴.

§. Las diferentes formas en que doctrinalmente cabe explicar la responsabilidad patrimonial del deudor han variado a lo largo del tiempo.

Los primeros autores, fundamentalmente franceses e italianos por la influencia del Derecho común, apuntaban a la existencia de derecho de prenda genérico – *droit de gage générale*– a favor de los acreedores, de carácter exclusivamente patrimonial⁴⁵. Hoy esta tesis se encuentra superada con otras explicaciones más actuales, como el derecho de los acreedores a la *solvencia del patrimonio* del deudor (DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN⁴⁶). La validez o invalidez de unas y otras no puede juzgarse en términos absolutos, porque tienen el mérito, como señala la mejor doctrina, «de poner en evidencia que, en última instancia, la obligación se reduce a un problema de responsabilidad y a un problema de ejecución»⁴⁷.

Si nos entretenemos en esto es para resaltar la relatividad con que puede tomarse la inexistencia de una *obligación* del deudor de mantener la integridad de su patrimonio que –en el otro extremo– suponga la existencia de un *derecho* del acreedor que poder reputar *incumplido* si el patrimonio realizable del

⁴³ Imposible es no transcribir, en este punto, las palabras de LARENZ que reitera DE CASTRO Y BRAVO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit. loc. p. 196): desde que la deuda nace existe responsabilidad; «acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo». «De la responsabilidad es de donde –y no al contrario– se deriva la posibilidad de exigir daños y perjuicios y la consiguiente ejecución forzosa» contra la persona y los bienes del deudor que son garantía de sus acreedores.

⁴⁴ L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 105.

⁴⁵ Todavía hoy el *Code Napoleon* condensa este principio, que nuestro artículo 1911 CC recoge en uno solo, en dos artículos: el artículo 2092 («*quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*») y el explícito artículo 2093 («*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers...*»).

⁴⁶ L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, cit., p. 126.

⁴⁷ L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, cit., p. 91.

deudor no es íntegro a causa de no haber deducido los derechos que le asisten frente a otros sujetos⁴⁸; y con la misma relatividad deben tomarse los *derechos* que asisten a ese deudor para solicitar la tutela jurídica de sus derechos si, a causa de su inacción, se irroga un perjuicio jurídico injusto a un acreedor suyo. Obligación *autónoma* puede no haber, pero sí existe un conjunto de deberes que, allí donde el concepto de obligación no alcanza, puede construirse a través de la nociones de carga, de culpa y de responsabilidad. Dicho de otra forma: ya no es sólo que –relativamente– nadie puede ser obligado a ejercitar sus derechos; es que es innecesario, porque cuando el acreedor acude *ex artículo 1111 CC* a un proceso formalmente autónomo lo que se está juzgando es *ese derecho de ese acreedor* a la solvencia del patrimonio del deudor, como explica hoy la doctrina civilista. Lo que ejercita o deduce el acreedor cuando esgrime en su demanda el artículo 1111 CC y que llamamos acción subrogatoria, son sus *propios derechos o facultades sobre la gestión y administración del patrimonio y sobre los derechos patrimoniales de su deudor*, teniendo que deducir, para alegar y probarlos, cuantos hechos y circunstancias puedan fundar la tutela que pide al tribunal.

§. La doctrina actual explica la situación del deudor acudiendo al concepto de *deber jurídico*⁴⁹: este deber es, primariamente, el de realizar la prestación y satisfacer el interés del acreedor, de cuyo cumplimiento responde el deudor de forma específica y con todos sus bienes; de forma secundaria, a ese deber lo envuelve una pluralidad de deberes accesorios de conducta que imponen al deudor en el íter del cumplimiento de la prestación la exigencia de cooperar a su resultado útil y que son susceptibles recibir un diverso tratamiento legal.

Las lecturas que cabe hacer de esta situación de deber del deudor son también relativas en su reverso, esto es, en el conjunto de poderes jurídicos que asisten al acreedor y que, reconducidos a una unidad, conforman su derecho subjetivo.

Al deber primario de realizar la prestación que pesa sobre el deudor corresponde, también primariamente, el derecho o –mejor– los derechos que asisten al acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación, con la incidencia que en este punto presentan las teorías monistas y dualistas sobre el *derecho de acción*. No ignoramos estas teorías, sino que, al contrario, de las distintas teorías doctrinales sostenidas nos abonamos a aquella dualista que afirma el carácter concreto del derecho de acción (= tutela favorable, así declarativa como de ejecución). Lo que nos importa ahora es dirigir la vista hacia los deberes secundarios del deudor de cooperar en el resultado útil de la prestación debida, porque son los que hay que poner en relación con el posible derecho del acreedor que surge a su favor si y en la medida en que a causa de no haber deducido el deudor las pretensiones jurídico-procesales que correspondan frente

⁴⁸ Vid., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit. loc. pp. 193-196; CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 41-53; R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, loc. cit., pp. 2-19; F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., p. 1-9; y, entre los procesalistas, I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Pamplona, 2002, pp. 27-31.

⁴⁹ Vid., por todos, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, cit., pp. 89-95, 104 y ss. y 116 y ss.

a otros sujetos se inflige al acreedor el daño que trata de remediar el artículo 1111 CC; así visto, ya no es sólo la *falta de la capacidad de solvencia* de los bienes realizables, sino también un remedio para paliar la ineffectividad que se sigue para el propio derecho del acreedor a causa de la *inactividad del deudor* en la defensa de aquellos poderes que le asisten para conseguir un bien concreto patrimonial.

De nuevo se impone aquí la relatividad en el uso de los conceptos y de las técnicas que permitan hacer posible la integridad patrimonial cuya deficiencia impide la plenitud del derecho del acreedor. Con esta relatividad, PACCHIONI definió como *facultades de control gestor* los poderes que la acción revocatoria y la acción subrogatoria confieren a los acreedores. También se puede hablar –con toda la relatividad del lenguaje y de los conceptos– de un *deber jurídico* del deudor, de cuyo incumplimiento se sigue la imposición de *sanciones*, o, si se quiere, de una *carga*⁵⁰ del deudor respecto de la integridad de su patrimonio, por cuanto el ordenamiento deja a la libertad de todo deudor su conducta patrimonial al tiempo que, mediante los remedios del artículo 1111 CC, le constriñe a que con sus actos y omisiones no resulten perjudicados los intereses de sus acreedores.

Cualquiera que sea el nombre que se les dé, en definitiva, de lo que se trata con el artículo 1111 CC es de si el ordenamiento tutela en su mismidad la integridad de la garantía patrimonial o si, además, va más allá y se erige –en el caso de la subrogatoria– en un instrumento de sanción de la inactividad del deudor en la tutela jurídica de sus derechos.

3.2. ¿CARÁCTER SATISFACTIVO O NO SATISFACTIVO? FINALIDAD REINTEGRATIVA

§. Con lo dicho podría parecer que el primer debate que existe en esta materia y que gira sobre la finalidad conservativa o ejecutiva de la acción subrogatoria es, en alguna medida, artificioso, por cuanto ninguna de ellas –en la actualidad– se propone afirmar el carácter “*satisfattivo*” de la acción subrogatoria y ambas comparten –es verdad que de diversos modos– la función instrumental que –esta sí– es la consustancial a este mecanismo de carácter reintegrativo. Sin embargo, la cuestión es más compleja.

§. De entrada, cuando se postula la función ejecutiva de la acción subrogatoria no se pretende que su ejercicio comporte un incremento patrimonial directo para el acreedor o, dicho en términos clásicos, el acreedor no pide –en el caso de pretensiones de condena– la condena del *debitor debitoris* a su favor, sino a favor de su deudor, obrando *utendo iuribus*, como suele decirse.

Ni siquiera nuestra acción subrogatoria, de la que *de lege lata* hay que predicar su función ejecutiva, permite alcanzar tal resultado, que sería tanto como convertir la acción subrogatoria o en una *acción directa* que haría cierto el

⁵⁰ Sobre esta noción, acuñada en el Derecho procesal y acogida en la teoría general del Derecho, *vid.*, por todos, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal. Introducción* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 329-330.

dicho «*debitor debitoris debitor meus est*» (aunque se trataría de una acción directa del todo *sui generis*, porque es difícil cohesionar dos relaciones jurídicas que tienen aquí –en la subrogatoria– carácter *meramente ocasional*, y no causal como en las acciones directas), o –si se mantiene su instrumentalidad con el proceso de ejecución– en un medio legal de realización forzosa *directa*⁵¹.

Se conoce un caso en el que se admitió con ese carácter directo el ejercicio de la acción subrogatoria, el de la [SAP Palma de Mallorca \(Secc. 3ª\) de 29 de marzo de 2000 \(rec. 820/1999\)](#), pero esta sentencia dio lugar a que se interpusiera demanda por error judicial que fue estimada en [STS \(Sala 1ª\) núm. 1127/2002 de 19 de noviembre de 2002 \(rec. 3303/2000\)](#) (la cursiva es mía):

«Tercero.- En el apartado 1º del “Hecho” Tercero de la demanda se hace consistir el error denunciado en haber estimado la demanda dirigida contra la aquí recurrente doña Araceli, en la que, ejercitándose la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, se solicita la condena de la demanda[da] al pago a los actores la cantidad que se dice debida por la demandada a Barber Construcciones, S.A., en cuya posición se subrogan aquéllos, dándose lugar en la sentencia de la Audiencia a dicha pretensión al confirmar la sentencia de primera instancia.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo (sentencias de 26 de abril de 1962 y 25 de noviembre de 1995) consideran, sin discrepancia alguna, que la acción subrogatoria reconocida en el artículo 1111 del Código Civil, es considerada como una *acción indirecta u oblicua en cuanto su finalidad no es la de conseguir el cobro de forma directa de su crédito de la persona del deudor de su deudor, sino conseguir que lo debido a éste ingrese en su patrimonio para así hacer efectiva la responsabilidad universal (artículo 1911 del Código Civil) que sobre él pesa. Al no entenderlo así la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ha hecho una aplicación injustificada e irrazonable de la ley, con equivocación evidente y palmaria del sentido y finalidad de la acción subrogatoria ejercitada en la demanda que dio origen a los autos en que se dictó la sentencia posteriormente confirmada por la Audiencia».*

§. Así las cosas, si ambas teorías niegan el carácter directo de la acción subrogatoria, ¿en qué se diferencian entonces? Es difícil responder a esta pregunta en unas pocas líneas.

En principio, lo que diferencia la función ejecutiva de la conservativa radica en resolver si la acción subrogatoria constituye –según la primera función– un complemento de la ejecución (en sentido *lato*, como aquí se va a defender) o si –según la segunda– está desvinculada de ésta; pero avanzamos ya que esta disyuntiva, que debe resolverse con todas las coordenadas del derecho positivo puesto que obedece –lo mismo que su existencia o inexistencia, como sucede en

⁵¹ Sobre las acciones directas volveremos más adelante (pp. 517 y ss.) y sobre la configuración –mayoritariamente rechazada– de la acción subrogatoria con una finalidad directa de realización hemos de remitirnos a M. VECCHIO, “Brevi note sulla pretesa funzione esecutiva dell’azione surrogatoria”, en *Foro Italiano*, 1973, I, pp. 1931-1935; G. STELLA, “L’azione surrogatoria”, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1991, II, pp. 288-293, y S. TAGLIAPIETRA, “Azione surrogatoria in funzione satisfattiva?”, en *Quadrimestre*, 1991, pp. 128-169.

Alemania o en Austria— a criterios de política legislativa, envuelve un continuo equívoco y no hace más que perpetuar un error de concepto sobre el que se han vertido —y todavía se verterán— ríos de tinta.

Dejando a un lado el ejemplo francés (y la regulación de su proceso de ejecución, no comprendidos en este estudio), en Italia la doctrina y la jurisprudencia se cuidan mucho de no exigir la documentación del derecho del acreedor en título ejecutivo y tampoco la previa excusión de los bienes del deudor, de tal forma que al acreedor acude al proceso civil de declaración que corresponda, aunque normalmente de forma voluntaria, puesto que la ejecución italiana no le niega el derecho de hacerlo en su seno (si bien de forma sumaria). Ahora bien: incluso aquí no se pierde de vista que, aunque no es un medio directo de realización del derecho del acreedor, constituye un instrumento que posibilita esa realización directa en un momento lógico posterior.

La razón hay que buscarla, por lo menos en Italia, en que en su ordenamiento ha incorporado en el proceso de ejecución la acción o técnica subrogatoria con su función ejecutiva —el *pignoramento presso terzi* italiano—, que es lo que permite a la doctrina italiana acentuar todas las características de los requisitos de la función conservativa y, con razón, prescindir de la necesidad de toda sentencia o título ejecutivo (e incluso —cabría imaginar, hipóticamente— darle un alcance de segundo grado, en función de cómo se resuelvan, de un lado, cuestiones de jurisdicción y de competencia objetiva y, de otro lado, el carácter plenario o sumario de los incidentes de cognición de la ejecución).

En este sentido, un autor tan poco sospechoso —como hemos visto— de defender la función ejecutiva de la acción subrogatoria italiana e inspirador directo de su texto como Rosario NICOLÒ, admite, tras subrayar su carácter instrumental, que, desde la óptica teleológica o funcional la acción subrogatoria representa «o un momento preliminar de la ejecución forzosa o un momento preliminar de una acción cautelar (...) es un medio de tutela indirecta del derecho de crédito porque facilita su realización coactiva o inmediatamente (a través del ejercicio de la acción ejecutiva) o mediatamente (a través del ejercicio de una acción cautelar)»⁵². Lo que NICOLÒ niega es que por esto se trate de un acto del proceso ejecutivo o del cautelar, como si no cupiera —dice— imaginar su ejercicio más que como un accidente de uno u otro proceso y no pudiera ejercitarse aisladamente, como había defendido —por otra parte— FERRARA en su estudio sobre la naturaleza de la acción subrogatoria del año 1904⁽⁵³⁾.

La postura de NICOLÒ, que es perfectamente respetuosa con el tenor del artículo 2900 CC (y con el *pignoramento presso terzi* del *Codice di procedura civile*), no lo es, sin embargo, frente a nuestro artículo 1111 CC, que —a nuestro

⁵² R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 17; y en el mismo sentido, A. DE SANCTIS RICCIARDONE, “Surrogatoria (azione)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1993, *separata*, pp. 2-3.

⁵³ F. FERRARA, “Natura giuridica dell’azione surrogatoria”, en *Foro Italiano*, 1904, I, pp. 1401 y ss. En Francia ha abordado esta cuestión V. TELLIER-CAYROL, “La nature juridique de l’action oblique”, en *Revue de la Recherche Juridique*, 2002, núm. 4, pp. 1835 y ss.

juicio— no sólo permite imaginar a la acción subrogatoria como complemento de un proceso de ejecución, sino que, así configurada, cobra mayor sentido: colocando su ejercicio en un *momento preliminar* —no del proceso ejecutivo o del cautelar en sí, como quiere NICOLÒ— sino *anterior al de la fase de realización del valor* del proceso de ejecución, subsiguiente al embargo —ejecutivo o, hipotéticamente, cautelar— del derecho del deudor intermedio.

En realidad, cualquiera de las dos funciones llaman, con su nombre, a engaño, pues: 1º) si lo que quiere expresar con cualquier de ella es que la finalidad perseguida con ella es conseguir para el patrimonio del deudor un bien económico que el propio deudor podría obtener ejercitando las acciones que le corresponden pero que no puede ser *obligado* a ejercitar, lo que se está descubriendo es su consustancial *carácter instrumental*, que transfiere al Derecho procesal los problemas de dotar a esta *acción* de la configuración más adecuada para ponerla al servicio de la integridad patrimonial del deudor, que, por otro lado, no niega la antitética función⁵⁴ (aunque es verdad que de alguna medida se aparta la función conservativa cuando se dirige frente a un *bien determinado*); y 2º) paradójicamente, la función conservativa no supone que su ejercicio se agote en actos de carácter conservativo, puesto que de lo que se trata con ella es —siempre— de transformar —pasando de la potencia al acto— el patrimonio del deudor, que experimentará variaciones a resultas del ejercicio exitoso de la acción; paradoja ésta que ha llevado a no pocos autores italianos, como FERRARA, ZUCCONI, BETTI, CANTONI y hasta al mismo NICOLÒ, a admitir también —por la obviedad de su proceso de ejecución— el carácter ejecutivo de la acción subrogatoria.

§. La disyuntiva entre la función conservativa y la función ejecutiva de la acción subrogatoria envuelve serios problemas dogmáticos que en nuestro país ha puesto de manifiesto con magistral agudeza CRISTÓBAL MONTES⁵⁵ y de cuyas palabras nos servimos para ilustrarlos.

En principio, si el fundamento sigue siendo el de conseguir la *integridad* del patrimonio del deudor para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial

⁵⁴ Así se entienden así las contradiccionales, que hay que relativizar, en las que, p. ej., incurre JORDANO FRAGA [*El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 Cc.) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*, Madrid, 1996, pp. 37-38], quien no duda en adscribirse a la teoría que propugna el carácter conservativo de la acción subrogatoria, aunque termina diciendo, de un lado, que: «(...) no es un medio de ejecución, no persigue *directamente* el cobro por parte del acreedor subrogante, sino que lo hace, por su manera vista de producir sus efectos, *mediata o indirectamente*, a través de la conservación/aseguración de la garantía patrimonial del deudor» (...); y de otro lado, que «la finalidad conservativa/asegurativa de la garantía patrimonial acompañó siempre a la evolución que condujo a la actual subrogatoria: en dicha evolución los precedentes de la actual subrogatoria aparecen siempre como instrumentos auxiliares, dependientes o preparatorios de la ejecución universal o singular sobre el patrimonio del deudor».

⁵⁵ Vid. Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 53 y ss., espec. pp. 65-69. También MONTELEONE (*Profili sostanziali e processuale dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto de vista dell'azione*, Milán, 1975, espec. pp. 111-116) ha desmontado la metonimia construida alrededor de la función de la acción subrogatoria y afirma que ninguna de las teorías puede ser plenamente compartida.

universal que pesa sobre él, la determinación del carácter ejecutivo o conservativo de la acción subrogatoria no puede hacerse depender *per relationem* de la naturaleza del derecho del deudor frente al *debitor debitoris*, por la sencilla razón de que la sentencia estimatoria o, mejor dicho, la eficacia jurídico-material de sus eventuales pronunciamientos –declarativos, constitutivos o de condena– tendrán el contenido y el sentido que deban tener –de forma variable– según la naturaleza del derecho del deudor frente al *debitor debitoris* que el acreedor deduzca en su demanda. Pero el poder en que consiste la acción subrogatoria seguirá siendo el mismo.

Es un error –dice CRISTÓBAL MONTES– centrar en la función de la acción subrogatoria este debate, porque el que una vez tenga efectos de un acto conservativo y otras veces lo tenga de uno modificativo se haría depender entonces, no del poder dado al acreedor con la acción subrogatoria, sino *de las pretensiones jurídico-procesales que se basen en la posición jurídica del deudor intermedio que constituyan en cada caso su objeto*: las consecuencias serán unas u otras, «por la sencilla e inocultable razón de que un derecho del deudor en manos del acreedor no puede generar efectos diferentes de los que produce en manos de su titular»⁵⁶. Lo que no varía es el poder en que consiste la acción subrogatoria de hacer valer los derechos del deudor, que es siempre una función realizativa de los derechos. No es dable, pues, y así lo sostiene el jurista aragonés, que «algo meramente circunstancial cual es el contenido del derecho ejercitado por el acreedor coloree al instituto que posibilita su ejercicio (...) trastorna el orden natural de las cosas y coloca el carro delante de los bueyes»⁵⁷.

3.3. RELATIVIDAD DE LAS FUNCIONES DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

§. Con lo dicho volvemos al principio de lo que se apuntaba. Más allá de la *naturaleza instrumental* de la acción subrogatoria resulta artificioso hablar de su función conservativa o ejecutiva en los términos en que suele plantearlo la generalidad de la doctrina. Autores como GULLÓN BALLESTEROS y CRISTÓBAL MONTES niegan incluso que tenga carácter conservativo o ejecutivo⁵⁸, mientras que otros autores, sin llegar tan lejos, sostienen la infecundidad de definir la función de esta llamada *acción* en lugar de atender a sus presupuestos y efectos⁵⁹.

⁵⁶ Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 53 y ss., espec. p. 66.

⁵⁷ Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 53 y ss., espec. p. 65. No hace falta apostillar que estas afirmaciones deben tomarse en sentido relativo y que no suscribimos la irrelevancia que el autor predica del contenido del derecho del deudor intermedio.

⁵⁸ A. GULLÓN BALLESTEROS (“La acción subrogatoria...”, *loc. cit.*, p. 111 y, antes, en “La acción subrogatoria en el Derecho español, *loc. cit.*, p. 16) fue quien primero advirtió en nuestra doctrina lo que se dice en texto, posteriormente desarrollado por Á. CRISTÓBAL MONTES (*La vía subrogatoria*, cit., pp. 53 y ss., espec. p. 66). Ambos coinciden en que no se puede afirmar el carácter conservativo o ejecutivo de la acción, porque no tiene de por sí ninguno; sólo existe un *poder* de los acreedores para ejercitar los derechos del deudor.

⁵⁹ Así, J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, cit., pp. 39-40; e I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, cit., pp. 34-35.

Lo que, en el fondo, subyace en este debate no es tanto la función –si ejecutiva o si conservativa– de la acción subrogatoria, cuanto la ubicación de su *fundamento* cuando se postula una u otra función. Lo que está en juego es definir si a su través lo que se pretende es garantizar la responsabilidad patrimonial *universal* del deudor o si, por el contrario, en función del tipo de derecho del acreedor y de la apropiada selección del derecho o facultad patrimonial del deudor intermedio, lo que se quiere es facilitarle oblícamente al acreedor la obtención del *bien preciso* que satisface su interés ante la inacción del deudor intermedio en la tutela jurídica de su posición en otra relación jurídica.

Para evitar malentendidos del lenguaje, aquí se empleará en lo sucesivo la “función ejecutiva” en el primer sentido, para ponerla al servicio del embargo, y la “función conservativa” en el segundo, con la advertencia de que, por paradójico que resulte, esta última finalidad confiere hoy un mayor vigor jurídico a la posición del acreedor; comporta los riesgos de convertirse en la más “satisfactiva” y, a la postre, es la que más difícil resulta desvincular del “ejercicio de los derechos de otro”. Pero ambas lecturas caben en el artículo 1111 CC, por la finalidad reintegrativa de los bienes y derechos del deudor que ejercita su acreedor, que es lo que, en todo caso, agrupa todas aquellas funciones, aunque se consiga de diferentes modos. En todo caso, no perdamos de vista –aunque se examine más adelante–, que es una ilusión considerar al acreedor como un “mero” sustituto procesal en cuyo interés quepa quepa sacrificar las exigencias del principio jurídico–natural de audiencia y el derecho fundamental de defensa.

§. Si nos circunscribimos al fundamento tradicional del artículo 1111 CC (= la efectividad de la responsabilidad patrimonial *universal*) y tenemos en cuenta que nuestro artículo 1111 CC exige –muy intuitivamente– la previa excusión de bienes del deudor, veremos que esto tanto puede suceder en el seno de un proceso de ejecución, como –hipotéticamente– en el de uno cautelar. Resulta entonces difícil negar que el poder en que consiste la acción subrogatoria puede ponerse mejor al servicio de la realización de aquellos embargos –ejecutivos e, incluso, cautelares– que tienen por objeto derechos del deudor no fácilmente realizables, como ya afirmara hace más de cincuenta años CARRERAS LLANSANA⁶⁰:

«Contemplada dentro de este ámbito, la acción subrogatoria tiene en nuestro ordenamiento una función ejecutiva, en cuanto sólo puede ejercitarse luego de un embargo, ya sea por haberse despachado ejecución, ya sea por haberse anticipado ésta en vía cautelar; la ejecución, despachada o anticipada, constituye un *prius* necesario para el ejercicio de la subrogatoria. Pero, dentro de la ejecución, su función no es directamente realizativa, sino dirigida a

⁶⁰ J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, 1957, p. 541. En el mismo sentido de ponerla en relación con el embargo, ya como complemento ya como alternativa, L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...* t. II, *cit.*, pp. 742-743; J. GÓMEZ CALERO, *La acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil)*, tesis dirig. A. de Cossío, Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Civil, 27 de marzo de 1958, pp. 14-15 y 27 [disponible v.e. en <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/674/la-accion-subrogatoria-tesis-doctoral/>]; y J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 53-54.

garantizar la posibilidad de realización de unos elementos patrimoniales que de otro modo pudieran desaparecer»⁶¹.

Esto –creo– no lo han entendido la jurisprudencia de nuestro TS ni los autores que, tratando de aproximar nuestra acción subrogatoria a la italiana –remozada en el año 1942– han omitido considerar el *pignoramento presso terzi* del *cpc* italiano y han relajado *contra legem* los requisitos de nuestro artículo 1111 CC, dificultando mucho su comprensión en las coordenadas de nuestro ordenamiento (o –por lo menos– haciendo más dificultosa al común de los acreedores la efectividad de sus derechos de cobro en el seno de un solo proceso, en lugar de en dos normalmente consecutivos).

Como muestra, antes de pasar a ver los requisitos legales del artículo 1111 CC, sirva el botón que ofrece la enfática doctrina –que, por lo demás, constituye un *obiter dictum*– recogida, entre otras muchas, en la [STS \(Sala 1ª\) núm. 1135/2007, de 18 de octubre de 2007 \(RJ 2007/7080\)](#):

“(…) el ejercicio por el acreedor de la acción subrogatoria, “no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria”.

No hacen falta muchas explicaciones para mostrar que esta doctrina, que vale para los acreedores no dotados de título ejecutivo, está haciendo padecer al que ya lo está, que es el común de los acreedores que comienza el iter de su reclamación judicial dirigiéndose contra quien le debe, su deudor.

Lo que sí precisa explicación –que se dará más adelante⁶²– es que cuando el acreedor no dotado de título ejecutivo se ve abocado a acudir a ese proceso declarativo formalmente autónomo se está infligiendo –con los sobreentendidos de la sustitución procesal– un daño al derecho de audiencia del deudor intermedio que no tiene por qué padecer cuando a través del artículo 1111 CC se busca sólo perseguir la pura y simple reintegración patrimonial a través de los ocasionales derechos patrimoniales que le resten al deudor.

4. Presupuestos del artículo 1111 CC

§. La determinación de los presupuestos de los que depende que el acreedor pueda ejercitar, *ex* artículo 1111 CC, los «derechos y acciones» de su deudor no puede sino partir de lo dispuesto en nuestro artículo 1111 CC. Más adelante veremos la naturaleza jurídica de esta figura, que dependerá de las técnicas aplicadas; ahora, examinaremos lo que la doctrina civilista sostiene sobre estos requisitos o presupuestos a fin de mostrar cómo se ha comprendido cada uno de ellos desde una perspectiva que llamaremos “autónoma” de la acción subrogatoria. Esta configuración, que consiste –con todas sus confusiones– en hacer ejercitar al acreedor los «derechos y acciones» de su deudor, es el

⁶¹ Sobre todo esto volvemos más adelante, en el aptdo. 4.2. *La previa excusión de bienes del deudor*, pp. 364 y ss.

⁶² *Vid. infra* 7.4. Eficacia jurídico-material de la sentencia y límites subjetivos de la cosa juzgada material en la “acción” subrogatoria, pp. 442 y ss.

producto de las aportaciones realizadas tanto desde el estudio del Derecho civil, como desde el Derecho procesal, que ha prestado el concepto –y los equívocos– de la sustitución procesal.

4.1. LA PREEXISTENCIA DE UN DERECHO DEL ACREEDOR FRENTE AL DEUDOR. PRIMEROS EQUÍVOCOS

§. Este primer presupuesto se halla implícito en la cualificación como «acreedor» de quien se dispone a ejercitar la acción subrogatoria y en la correlativa cualidad de «deudor» del sujeto pretendidamente sustituido: la preexistencia de un derecho o de una obligación que relacione a uno y a otro y que, deducido en el proceso por las partes, será el objeto de la cognición judicial del tribunal.

La exigencia de este presupuesto es la consecuencia –del error inicial, a mi juicio– de haber desvinculado la acción subrogatoria de la ejecución civil en sentido amplio, y de haber reconducido la situación de sujeción del pretendido sujeto sustituido a la existencia de un poder jurídico lógicamente antecedente consistente en realizar una prestación; esto es, a la existencia de un derecho en el lado activo y de una obligación en el lado pasivo, sin tener en cuenta que no a toda situación de sujeción jurídica de un sujeto corresponde, en el otro extremo, la titularidad o de un perfecto *derecho subjetivo* o de *un poder de carácter privado*. Para superar esta limitación y poder seguir manteniendo la ficción del “ejercicio de los derechos de otro”, el artículo 1111 CC se refiere bizantinamente a los «derechos y acciones» del deudor intermedio como objeto de la acción subrogatoria, que entonces hay que interpretar con toda la amplitud posible.

§. Suele darse por supuesto –también nosotros lo haremos inicialmente desde nuestras premisas– que debe tratarse de un *derecho de crédito*, en razón a que la finalidad es integrar la garantía patrimonial del deudor «para realizar *cuanto se les debe*» (artículo 1111 CC); y, desde luego, la doctrina es unánime en excluir de la acción subrogatoria a los acreedores naturales⁶³. Ésta es, en mi opinión, la premisa fundamental de la que debe partirse a la hora de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial *universal* del deudor y, por ello, resulta preciso un examen más detenido sobre este mecanismo de carácter reintegrativo.

4.1.1. Las cargas de alegación y de prueba del acreedor. El “auxilio” de las diligencias preliminares

§. En primer lugar, no se extiende la doctrina sobre ello, pero, tal y como está configurada la acción subrogatoria, requiere para su operatividad que preexista una relación jurídica entre acreedor y deudor intermedio y que, en consecuencia, el demandante, sobre el que pesa la carga de alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión (artículos 400 y 217.2 LEC), la alegue

⁶³ Por todos, A. GULLÓN BALLESTEROS, “Caracteres generales de la acción subrogatoria...”, *loc. cit.*, p. 19; Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria, cit.*, pp. 118-120; y J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria, cit.*, pp. 31-33.

debidamente, concretando el título o razón –o los varios, si fuera el caso– en cuya virtud ostenta la condición de acreedor. Diríase entonces que, de no hacerlo, la desestimación de la demanda obedece a una falta de legitimación del demandante; pero la realidad es más rica en matices y revela que nunca sobra el cuidado a la hora de cumplir con la carga de concretar lo que se pide y de alegar cuantos hechos y títulos jurídicos fundan la pretensión del demandante, que constituye el objeto del proceso⁶⁴.

§. Así, por falta de la correcta alegación y prueba de este presupuesto, la [SAP A Coruña \(Secc. 6ª\) de 16 de marzo de 2015, rec. 213/2013](#) ha negado que pueda hacer uso de ella el acreedor a quien, en pago de su crédito, el deudor le hizo cesión *pro soluto* de los derechos derivados de un contrato de instalaciones con el demandado, a causa del efecto extintivo que la cesión produjo en el crédito previo y del defectuoso planteamiento de las acciones deducidas por el demandante en el caso examinado.

El caso de esta sentencia –en la que, naturalmente, no fue parte el deudor intermedio– es interesante por varias circunstancias. La primera es que en el contrato de instalaciones entre el deudor intermedio y el tercero demandado constaba un pacto válido de *non cedendo* del que la Audiencia estima –con razón– conocedor al acreedor, que lo aportó a su demanda y que, a juicio del tribunal, debió haberla fundamentado en el nuevo crédito frente a su deudor cedente surgido de la imposibilidad de cumplimiento de la cesión de créditos, en lugar de dirigirse en solitario contra el tercer deudor cedido, pidiendo, sin más, que fuera condenado a pagar cantidad determinada. Esta petición estaba fundamentada, en primer lugar, en el negocio de cesión, que se desestima por la validez y oponibilidad de la cláusula mencionada de *non cedendo*; y, como fundamento legal subsidiario, para el caso de que no se tuviera por válida la cesión, el demandante alegó el artículo 1111 CCC, cuya aplicación al caso es desestimada en las dos instancias.

Los motivos de la desestimación son dos. Por un lado, se razona que aunque la cesión *pro soluto* causó la extinción del crédito inicial entre el acreedor y el deudor intermedio, éste contrae como cedente una *nueva* responsabilidad *ex veritas nominis*, que constituye una nueva deuda que ha de ser expresamente alegada, lo que el demandante no hizo, pese a que se trataba de hechos constitutivos de su legitimación material (aunque no lo diga así la Audiencia):

⁶⁴ Valen aquí las sabias advertencias de DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada, Objeto del proceso y cosa juzgada*, Madrid, 2005, pp. 43 y 47-48), recordadas y puestas en valor por M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa. (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, cit., p. 41, nota 33): «no se insistirá nunca suficientemente en la necesidad de que el litigante establezca con claridad y el tribunal acierte a entender qué tutela judicial es la pretendida (...) En caso de petición poco clara, resulta indudable que el tribunal puede tratar de establecer su preciso contenido acudiendo a las alegaciones de hechos (...). Con todo, los tribunales no debieran sustituir o subsanar por sí solos, a base de deducciones y conjeturas, las demandas en que no está claro lo que se demanda o pide. Porque, ante todo, no es esa función del juez en un proceso civil regido por el principio dispositivo. Y porque, además, la presunción gobernaría esas deducciones y conjeturas, como pésimo pero certero augurio de una defectuosa dirección del proceso y de una errónea decisión final».

«En la demanda no se concreta cuál es la deuda de la cedente con el cesionario que pretende saldarse con la cesión. Sólo se dice, genéricamente, que esa deuda existe y deriva de unas perforaciones que la actora efectuó. En el contrato de cesión de créditos (...) tampoco se identifica la deuda (...) *Esa condición de acreedor ha de ser afirmada en la demanda, ha de concretarse cuál es el título o razón por la que se tiene esa condición de acreedor y ha de demostrarse la certeza de esas afirmaciones. Sin hacer esas afirmaciones concretas y sin demostrar su certeza la acción subrogatoria está condenada al fracaso por falta de prueba del primero de sus presupuestos subjetivos. En este caso, la condición de acreedor no puede derivarse de una cesión de créditos pro soluto, que extingue el posible crédito. Tampoco se ha alegado debidamente por parte del actor su condición de acreedor antes de la cesión de créditos*».

Por otro lado, además, en el suplico de la demanda el actor se limitó a pedir la condena al pago del demandado, sin expresar –como requiere de suyo la finalidad reintegrativa del artículo 1111 CC– que el beneficiario de la condena fuera el deudor intermedio, en cuyo patrimonio deben ingresar los efectos patrimoniales que persigue el ejercicio de esta acción. El tribunal agota el examen de esta cuestión con las siguientes palabras:

«Esta configuración debe tener efecto en la demanda, en especial al formular la pretensión. *No cabe con una sola formulación pre[te]nder reclamar un crédito propio, al amparo de una cesión de créditos, y un crédito ajeno, ejercitando una acción subrogatoria. En el primer caso el actor pide una cantidad para sí, en el segundo debe pedirla para el deudor. El ejercicio de las dos acciones, subsidiariamente, obliga necesariamente a formular dos pretensiones distintas. En la demanda no se ha hecho así. Se formula una sola pretensión con cierta ambigüedad. Se pide que se condene a TRAGSA al pago de la suma de 84.581'05 euros, además de las costas e intereses de demora que correspondan. La ambigüedad consiste en que no se identifica expresamente a quién ha de hacerse el pago. No cabe interpretar que el pago ha de hacerse a una u otra persona en función de la acción estimada. Eso no se dice, ni en el suplico ni en el resto de la demanda. Sólo cabe entender que se pide que el pago se haga al actor, puesto que otra opción no cabe cuando se reclama en virtud de la cesión de créditos y ese es el modo normal de integrar cualquier pretensión de condena en la que no se identifique a quién se ha de pagar. Integrada la pre[te]nsión de ese modo resulta incompatible con los efectos propios de la acción*».

§. La sentencia citada omite analizar el requisito de la excusión de bienes que requiere el artículo 1111 CC, seguramente porque el deudor intermedio ya se hallaba en situación de insuficiencia patrimonial cuando pagó a su acreedor con una cesión de bienes *pro soluto*, aunque, en todo caso, la inviabilidad de la pretensión tal y como había sido deducida excusaba de acudir a la conocida jurisprudencia flexibilizadora de este requisito. No adelantaremos ahora el examen de cuestiones que se verán más adelante, pero sí la advertencia de que la relajación de este requisito en la concepción “autónoma” de la acción subrogatoria cuando esta se aplica a la tutela del crédito dinerario irroga, por un lado, al demandante cargas más pesadas y, por otro lado, dota a la subrogatoria de funcionalidades no previstas en el artículo 1111 CC.

En el primer sentido, en el caso de la sentencia referida –el de un acreedor no dotado de título ejecutivo– no resultan excesivas ni merecen reproche las cargas de alegación y de prueba de cuantas relaciones crediticias vinculen al

demandante con el deudor intermedio que puedan fundar su legitimación o condición de acreedor. Se trata de hechos básicos y constitutivos de la pretensión de cuya carga no cabe dispensar al demandante o, por lo menos, no lo hace el razonable artículo 400 LEC. Sin embargo, no es menos cierto que sí lo son en la mayor parte de los casos las de alegar y acreditar la *ajena* relación jurídica que vincula a su deudor con el futuro demandado, por la dificultad para el acreedor de alcanzar un conocimiento preciso sobre el número y la índole de estas relaciones, pese a las facilidades para la práctica de diligencias preliminares que ha brindado la LEC.

§. Pese a estas facilidades, la LEC –en efecto– no incluye ninguna diligencia preliminar equivalente o sustitutiva del deber de manifestación de bienes que pesa sobre el ejecutado en el proceso de ejecución *ex* artículo 589 LEC.

RIAÑO BRUN⁶⁵, que se abona a la tendencia de flexibilizar *contra legem* el requisito del artículo 1111 CC de la previa *excussio bonorum*, interpreta esta ausencia como una omisión involuntaria del legislador y, prescindiendo también del carácter típico de las diligencias preliminares, así como de su legitimación pasiva, propone la adaptación de dos de ellas para lograr un efecto parecido.

De un lado, RIAÑO BRUN aboga por que el acreedor pueda, como diligencia de declaración para el esclarecimiento de hechos relativos a «capacidad, representación o legitimación» (artículo 256.1.1º LEC), dirigirse a su deudor «al efecto de que se pronuncie en torno a la inexistencia de bienes en su patrimonio», para integrar la carga del artículo 1111 CC que pesa sobre el acreedor de haber hecho excusión de los bienes.

Esta diligencia, como se aprecia sin necesidad de muchas explicaciones, fuerza la existencia de una carente o endeble relación entre el requisito legal de haber perseguido el acreedor los bienes de su deudor con el esclarecimiento de cuestiones sobre legitimación, que es la finalidad de esta diligencia preliminar. Máxime cuando *de lege lata* esta diligencia preliminar debe dirigirse frente a «la persona a quien se dirigiría la demanda» (artículo 256.1.1º LEC), esto es, frente al *ignotus debitor debitoris*, pero se propone que se dirija frente al deudor intermedio, que es quien –en la línea de lo que postula doctrina procesalista mayoritaria– no tiene por qué ser necesariamente demandado junto al *debitor debitoris*. En otras palabras: de sobra sabe el acreedor si el sujeto frente al que se dirige la diligencia preliminar del artículo 256.1.1º LEC es deudor –o no– suyo y, muy probablemente, no se habrá despreocupado tampoco de investigar su insolvencia, hoy en día notoriamente facilitada. Lo que ignora nuestro acreedor es *quién sea deudor, a su vez, de su deudor* y cuáles sean las *circunstancias precisas* de esta otra relación jurídico–patrimonial.

De otro lado, también SE propone que, si el deudor no designa bienes, se le admita la práctica de la diligencia de exhibición de documentos y cuentas relativas a sociedades o comunidades del artículo 256.1.4º LEC, «para que

⁶⁵ I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, cit., pp. 128-131.

exhiba los documentos que acrediten cumplidamente la existencia y demás circunstancias del crédito que tuviere contra tercero» (RIÑO BRUN).

Mediante esta segunda diligencia es claro que se tratan de obviar los insatisfactorios resultados a los que conduce la primera. Legalmente, la consecuencia prevista para la negativa del sujeto a colaborar en la práctica de la diligencia de declaración, es que «se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior» (artículo 261.1^a). Pero esto no ataja el verdadero problema con que se encuentra el acreedor ante el artículo 1111 CC: el de saber qué relaciones jurídico-patrimoniales tiene su deudor para poder formular la demanda (y de saberlo de forma más amplia y precisa posible, para poder –en su caso– elegir). Por eso resulta obligado, como en el fondo propone RIÑO BRUN, ir más allá de la letra del artículo 260 LEC, a fin de de forzar al deudor a una colaboración que –nótese bien– pasa por admitir su propia condición de deudor.

En suma, por evitar al acreedor el acto de embargo, la antieconómica alternativa que se le ofrece es la práctica de dos diligencias preliminares de dudosa procedencia, sometidas al requisito de prestar caución para responder de los daños y perjuicios que su práctica irroque al deudor (artículos 257.3, 258.3 y 262 LEC), e impugnables mediante un incidente contradictorio que es recurrible –sin efecto suspensivo– en apelación (artículo 260 LEC); todo ello para acudir a un proceso de declaración en el que tiene cargas más pesadas que las que le brinda el cauce del procedimiento monitorio.

§. En el segundo sentido apuntado, esta sentencia muestra uno de los posibles “usos alternativos” que se está dando a esta figura, potenciados con la relajación del requisito de haber perseguido el acreedor los bienes del deudor intermedio para realizar cuanto se le debe y con la flexibilización interpretativa añadida del resto de los requisitos del artículo 1111 CC, a saber: que *no se trata ya reintegrar un bien cualquiera realizable en el patrimonio del deudor, sino de perseguir la eadem res que satisface el preciso interés patrimonial del acreedor*.

Con ello –a mi entender– se abre la puerta a una desnaturalización del fundamento de la acción subrogatoria en la responsabilidad patrimonial *universal* del deudor y se atribuye a esta llamada “acción” funcionalidades distintas de la predicada responsabilidad patrimonial *universal* del deudor. Algunas de estas funciones se verán seguidamente cuando se examinan las características del derecho del acreedor.

4.1.2. Naturaleza dineraria del derecho del acreedor el artículo 1111 CC. La ¿(in)compatibilidad? de otros derechos con la función de reintegración *universal* patrimonial

§. Metidos en la tarea de indagar la naturaleza del derecho del acreedor, conviene preguntarse si acreedores distintos de aquellos que lo son a virtud de un *crédito dinerario de carácter personal* pueden servirse de la acción subrogatoria. Para dar respuesta a esta pregunta, cuya solución no es nada sencilla, se impone distinguir las siguientes situaciones.

A) Acreedores dotados de un derecho real de garantía. La relación intrínseca entre la garantía específica y la responsabilidad directa del deudor hipotecario o pignoraticio

§. En primer término, encontramos a los acreedores cuyo crédito se encuentra garantizado en virtud de un derecho real de garantía y que, *a priori*, son tan “acreedores” en los términos del artículo 1111 CC como puedan serlo los titulares de derechos de carácter personal no dotados de garantías específicas, por lo que todo indica que, en principio, pueden llegar a ejercitar la acción subrogatoria.

§. En contra de admitirla, un autor tan relevante como MONTELEONE, en su estudio sobre la acción subrogatoria italiana⁶⁶, niega esta posibilidad con el argumento de que la intrínseca relación entre el crédito garantizado y la garantía específica constituye un obstáculo para el ejercicio de la acción subrogatoria por el acreedor hipotecario o pignoraticio. Razones no le faltan a este autor para sostener esta tesis, puesto que la función ejecutiva de la acción subrogatoria está reconducida en el *cpc* italiano al *pignoramento pressi terzi* de los artículos 543 y ss. *cpc*, de tal forma que el propio acreedor hipotecario o pignoraticio provisto de título ejecutivo puede alcanzar el mismo resultado práctico sin salir de la ejecución, a condición de que su crédito personal esté vencido.

En nuestra LEC puede decirse –aunque esto es, hoy, una licencia literaria– que la subsidiariedad del artículo 578.1 LEC, en cuya virtud el acreedor hipotecario o pignoraticio pueden, una vez agotados sus derechos jurídico–reales sobre el bien garantizado frente al deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor, iniciar una normal ejecución dineraria contra el resto de obligados personales – p. ej., avalistas o fiadores– que consten como deudores no hipotecarios en el título ejecutivo, integra el requisito de *excussio bonorum* del artículo 1111 CC y cabría así reconducir la acción subrogatoria al embargo de derechos no fácilmente realizables.

Sin embargo, ante la falta –en nuestro ordenamiento– de haber reconducido la acción subrogatoria hacia el embargo de derechos, hay que recordar que las normas del derecho real de garantía tratan de preservar la intrínseca relación entre deuda y garantía real y puede llegar a desplazar el ejercicio de la acción subrogatoria.

§. El artículo 117 LH permite al acreedor hipotecario que viere deteriorado el bien o disminuido su valor por dolo, culpa o voluntad del dueño iniciar un juicio verbal que puede acabar con la imposición de mandatos al hipotecante de «hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño» y, si «insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial». Se trata de la llamada «acción de devastación» que, aunque no se encuentra incluida entre las materias propias del juicio verbal del artículo 250.1 LEC, tampoco ha sido derogada

⁶⁶ Vid., G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., pp. 158-163.

expresamente y sigue contemplada en el artículo 117 LH⁶⁷. Se trata, con todo, de un remedio procesal conocido –se entiende– por los acreedores profesionales, pero no suele ser de general coocimiento por el común de los acreedores, incluidos los acreedores pignoratícios de cosa mueble, a los que *de lege lata* no se aplica el artículo 117 LH.

La operatividad de este mecanismo de garantía de la propia hipoteca está limitada a la *disminución dolosa o negligente de la garantía* por obra del hipotecante y –se entiende– cuando todavía el deudor no ha faltado al pago de la obligación garantizada.

Cuando la cosa se pierde estando asegurada contra daños, el artículo 40 LCS extiende el derecho de estos acreedores privilegiados un peculiar *commodum representationis*, al que nos referimos más adelante, que les permite reclamar *iure proprio* –si se dan ciertas condiciones– las indemnizaciones correspondientes.

En todo acso, en caso de impago de la deuda principal secularmente ha estado fuera de duda –aunque el impacto de la crisis económica de los últimos años ha terminado poniéndolo en cuestión– que si el bien garantizado sufre disminuciones de valor por causas no imputables al hipotecante, no por ello deja de responder el deudor –aunque no el hipotecante ni el tercer poseedor que haya desamparado el bien– con el resto de su patrimonio, a condición de que su crédito sea exigible, punto en el que cabe recordar lo dispuesto en el artículo 1129 CC:

«Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

§. En este punto y en sentido favorable a la acción subrogatoria, estimaba GULLÓN BALLESTEROS que no hay razones para negar su ejercicio a estos acreedores privilegiados que, a estos efectos, son tan “acreedores” como lo puedan ser los titulares de un crédito personal. *De lege lata*, el acreedor

⁶⁷ Dispone este artículo 117 LH que: «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos setecientos veinte y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

hipotecario y el acreedor pignoraticio deben poder acudir al artículo 1111 CC para deducir las pretensiones que puedan fundarse en los derechos de su deudor hipotecario o pignoraticio, pese a que el cumplimiento de sus créditos cuenta ya con una garantía específica –la hipoteca y la prenda–, siempre –para respetar la subsidiariedad que pide el artículo artículo 1111 CC– que el objeto de la garantía resulte insuficiente para lograr la satisfacción íntegra de su crédito⁶⁸.

A su favor cuentan estos acreedores –si es crédito es ya exigible– con un título dotado de eficacia a ejecutiva que les franquea la puerta del proceso de ejecución. La cuestión, apuntada por SIRVENT GARCÍA⁶⁹, será entonces que, para encontrarse en el supuesto de haber perseguido los bienes del deudor que pide el artículo 1111 CC y respetar la subsidiariedad de la acción subrogatoria, el acreedor debe haber seguido el proceso especial de ejecución hipotecaria o pignoraticia sin haber resultado íntegramente pagado. Sin embargo, no sería preciso tanto, si se admitiera –al menos, en el caso de la hipoteca– que:

- O bien que el valor de mercado de la garantía por debajo del 75 por ciento del valor de tasación en que las últimas reformas legales –léase: nuestro JUSTINIANO de hoy– han cifrado el valor mínimo que las partes pueden atribuir al bien en la escritura de constitución como tipo en la subasta (artículo 682.2.1º LEC), constituye un riesgo objetivo de insuficiencia hipotecaria que permita al acreedor, de forma alternativa al proceso de ejecución hipotecaria y no de forma subsiguiente como literalmente indica el artículo 578.1 LEC, acudir a una ejecución dineraria ordinaria en la que poder embargar otros bienes, entre ellos, los «créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo» (artículo 592.2.9º LEC).
- O bien que, sin salir del proceso de ejecución para acudir a uno merodeclarativo autónomo, se respete la subsidiariedad del artículo 578 LEC y se ponga la acción subrogatoria al servicio del embargo de derechos del ejecutado no fácilmente realizables. Esta última previsión dota a los fiadores personales de la seguridad jurídica que les brinda el beneficio de excusión; esta es la *ratio iuris* del artículo 578 LEC: la de respetar que los responsables subsidiarios sólo responderán personal y patrimonialmente en el caso de que el valor de la garantía real dada por el deudor principal no alcance a satisfacer la deuda por la que se procede.

§. Cuando, sin mediar incumplimiento todavía, el bien garantizado pierde su valor *sin culpa* del hipotecante o del pignorante, o devienen insolventes, o se pierden por caso fortuito, o entra en aplicación el artículo 1129 CC, que impone al deudor la carga de aumentar la garantía so pena de perder el beneficio del plazo, o a falta de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que permita diferir a un juez la decisión sobre el posible aumento de la garantía, deberá el acreedor medir las fuerzas de su interés jurídico en el aumento de la garantía en un proceso declarativo. Otra cosa es que se quiera limitar no al hipotecante, sino al propio deudor del crédito garantizado, su responsabilidad hipotecaria, para limitarla a la que alcance el valor del bien. Posiblemente estas cavilaciones

⁶⁸ Cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, “Caracteres generales de la acción subrogatoria...”, *loc. cit.*, p. 21; y “La acción subrogatoria”, *loc. cit.*, p. 113.

⁶⁹ J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, p.31.

de hoy las tuvo también JUSTINIANO en el siglo VI, aunque en sentido jurídico–económico inverso, cuando promulgó el Edicto de los banqueros.

En el caso del acreedor pignoraticio de cosa mueble cuyo crédito no esté vencido sus remedios son hoy la defensa y el mantenimiento de sus derechos jurídico–reales sobre la cosa a través de la interposición de una demanda de tercería de dominio si el bien resultara embargado en un proceso de ejecución por otro acreedor del pignorante; o el sustantivo del artículo 1129 CC, que desencadena el vencimiento de su crédito y, con ello, el ejercicio *iure proprio* de los derechos y acciones que le asistan, incluido el posible uso de una tercería de mejor derecho. Eso sí, raramente se aplicará en este supuesto el artículo 1111 CC sin dar lugar a la declaración de concurso del deudor, puesto que nos encontramos en la antesala de la insolvencia colectiva.

B) Acreedores de prestaciones específicas, condicionales y a término. El «quid» de la desviación de la función de conservación del patrimonio del deudor: la acción subrogatoria como mecanismo de prevención de la insolvencia

1º) Consideraciones especiales sobre estas situaciones jurídicas

§. Se discute también si el acreedor amparado por el artículo 1111 CC puede serlo de una prestación de dar o hacer cosa específica o de no hacer. Se trata, en realidad, de un falso problema a través del cual se pretende dar solución a otros dogmáticamente más complejos, especialmente circunscritos a la situación jurídica de los acreedores de obligaciones de dar. Por eso, se impone una triple advertencia.

La primera es que la admisibilidad de una “acción subrogatoria” en estos casos es tan dudosa para los civilistas que tanto se puede responder en sentido afirmativo como negativo y envuelve serias objeciones dogmáticas –que desde el Derecho procesal hemos de limitarnos a observar– sobre la naturaleza y el modo de ser de las relaciones obligatorias y de la responsabilidad contractual.

La segunda advertencia se dirige a señalar la inconveniencia de trasladar indiscriminadamente al caso español la sobreabundante literatura italiana que aboga en favor de admitir a esta clase de acreedores el ejercicio de la acción subrogatoria con una pretendida “función conservativa”, *sin tener en cuenta* las diferencias que presentan ambos ordenamientos.

En particular, en Italia la acentuación del pretendido “carácter conservativo” del artículo 2900 CC termina dotando a la acción subrogatoria de funciones ajenas a la reintegración patrimonial del deudor, porque la función ejecutiva de tutelar el crédito dinerario está reconducida al *pignoramento presso terzi* de los artículos 543 y ss. *cpc*. Además, sucede en Italia –como en Francia y en muchos otros países– que el sistema de adquisición de bienes se basan en un sistema plenamente consensual, mientras que en España la relatividad de los artículos 609 y 1095 CC sobre las formas de adquirir y transmitir los derechos sobre los bienes (en el caso de la propiedad y de otros derechos reales con la teoría del título y el modo; en otros casos con el solo título) dificulta aquí que los adquirentes *sub conditione* y *a término* de derechos reales puedan hacer valer su eventual derecho con una eficacia distinta de la meramente

obligacional y relativa que le vincula a su deudor mientras no se produzca la entrega de la cosa.

Por otro lado, en España contamos con el artículo 1186 CC que regula la figura del *commodum representationis* o *subrogationis*, en virtud del cual se dota al acreedor de un derecho formalmente distinto del de su derecho relativo a obtener la entrega de la cosa, aunque surgido legal y literalmente de la “extinción” de éste a causa de comportamientos no imputables al deudor, que tiene por efecto atribuir «*todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta*» [la cosa perdida], y del que se propone también extender su aplicación a los incumplimientos culposos y, con ello, extender incluso aparente situación de *perpetuatio obligationis*. Y a todo ello se suma, en fin, que en España nos encontramos en un momento de reflexión y redefinición de las normas sustantivas que se ha iniciado ya en el ámbito mercantil⁷⁰ y que puede alterar sustancialmente todo lo que aquí se diga, pues en la medida en que se define la posición jurídica del acreedor y se regule de forma sistemática y clara el incumplimiento y la extinción de las obligaciones – especialmente– de dar, superando el carácter fragmentario que hoy presentan, puede variar mucho la tutela indirecta del acreedor al amparo del artículo 1111 CC y el rancio “ejercicio de los derechos de otro”. Es una obviedad que no podremos salir de este anacronismo y encontrar remedios más eficaces frente al incumplimiento si no se trazan, antes, los límites de los derechos y de las relaciones jurídicas, que competen a la doctrina y al legislador sustantivo.

Por último, la lectura que se propone a continuación ha procurado tener en cuenta estas advertencias y atenernos al Derecho vigente, que se resumen en una tercera: el arcaico «ejercicio por el acreedor de los derechos de su deudor» de ayer hay que buscarlo, hoy, en los derechos, facultades y *adminicula iuris* que asisten por sí mismo al acreedor y admitirlo, en cambio, como “mal menor”, en la medida en que se proponga corregir disfunciones. Pero es posible que la tutela que dispensa el artículo 1111 CC no sea el mejor medio de tutela. Ofrecemos, pues, ambas visiones con todas sus contradicciones.

2º) Argumentos favorables al mecanismo subrogatorio

§. En nuestro país, en favor de la admisibilidad del artículo 1111 CC que nos ocupa –pero que, a mi juicio, debe situarse fundamentalmente al servicio del embargo– aboga que en estos casos su fundamento sigue estando en la reintegración patrimonial del deudor, aunque la sanción prevista por el ordenamiento consista primariamente en la ejecución *in natura* y sólo

⁷⁰ La última noticia conocida de los trabajos que se vienen desarrollando desde hace más de una década en la Sección Segunda (de Derecho Mercantil) de la Comisión General de Codificación, es la aprobación en mayo de 2014 de un [anteproyecto de Ley del Código Mercantil](#) (en adelante, anteproyecto de LCCo) Su Libro cuarto, *De las obligaciones y contratos mercantiles en general*, está inspirado en los en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y resto de trabajos desarrollados a nivel internacional, para aplicarlos al ámbito mercantil; y las Disposiciones Generales que lo abren regulan las distintas fases de la vida del contrato. Las novedades más destacadas que nos interesan de este anteproyecto se indican en su lugar.

subsidiariamente se transforme en ejecución dineraria por su equivalente económico.

Desde el Derecho procesal se observa que también estos supuestos la LEC sigue tomando el patrimonio del deudor como punto de referencia último para la exacción de la responsabilidad, pero –superando las limitaciones del adagio *nemo praecise ad factum cogi potest*– no se renuncia a agotar todos los medios que permitan la ejecución en forma específica, regulada en los artículos 699 y ss. LEC⁷¹.

Así, ya antes de cualquier proceso y con la finalidad de prepararlo, el futuro demandante puede obtener los datos que precisa para la presentación de su demanda a través de las *diligencias preliminares*. En concreto, el acreedor que se proponga interponer una demanda merodeclarativa o de condena relativa a la cosa, debe, muy prudentemente, acudir a la diligencia del artículo 256.2º LEC, para pedir que la persona a la que se propone demandar «*exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio*». Esta diligencia no sólo permite al acreedor cerciorarse de que la cosa está en posesión de su deudor; también permite comprobar el estado de la cosa (a los efectos, p. ej., de reclamar una eventual indemnización por los daños que aprecie en ella) y –sobre todo– si no acude el deudor a la práctica de la diligencia o no atiende el requerimiento ni formula oposición, puede conseguir del tribunal que se acuerde la entrada y registro del lugar en el que se encuentra la cosa y solicitar «el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla» (artículo 261.3ª LEC). Lo que ataja, de una vez, el problema de encontrar en nuestro ordenamiento un remedio equivalente a un secuestro conservativo oponible a tercero, en prevención de un futuro incumplimiento de dar cosa específica, que es lo que alimenta a la doctrina civilista que abre la “acción” subrogatoria a los acreedores (los de obtener cosa específica) que nos ocupan⁷².

⁷¹ Vid., por todos, M. CACHÓN CADENAS y J. PICÒ JUNOY (coord.), *La ejecución procesal*, Barcelona, 2014; y M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, 13ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 677 y ss.

⁷² Una medida semejante de depósito la encontramos, dentro de las normas sobre el derecho de prenda, en el artículo 1870 CC, a cuyo tenor el deudor o pignorante, que sigue siendo el dueño de la cosa pignorada y que, si cumple la obligación principal, tendrá derecho a la devolución de la cosa, puede pedir que se constituya en depósito la cosa si el acreedor pignoraticio usa la cosa o abusa de ella de cualquier forma, sin su autorización.

Mientras no haya pagado y no sea exigible la obligación de restitución de la cosa pignoraada, este depósito conservativo puede constituirse mediante el cauce señalado en el artículo 70 de la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), único de los que integra la Sección 2ª (*De los depósitos en materia mercantil y de la venta de los bienes depositados*). El aptdo. 1 del artículo 79 incluye, dado su tenor, este supuesto: «*En todos aquellos casos en que, por disposición legal o pacto, proceda el depósito de bienes muebles, valores o efectos mercantiles, podrá realizarse ante Notario mediante acta de depósito, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en su reglamento de ejecución*». El artículo continúa disponiendo que «*si el depósito consistiere en letras de cambio u otros efectos que se pudieran perjudicar por su no presentación en ciertas fechas a la aceptación o al pago, el Notario, a instancias del depositante, podrá proceder a realizar dicha presentación. En caso de serle satisfecho el importe, quedará sustituido el depósito de los efectos por su importe en dinero*» (aptdo. 2); y que «*en todos los casos en que, por la*

En sede cautelar podrá acordarse, si concurren sus presupuestos (en particular, el riesgo de pérdida física y jurídica del bien), *cualquier* medida idónea para asegurar la efectividad de la futura sentencia no dineraria, incluido el depósito de cosa mueble (artículo 727.3ª LEC) y el embargo preventivo de bienes (artículos 726 y 727.1ª.II LEC), lo mismo que en el proceso de ejecución. En éste, el artículo 700 LEC no circunscribe las medidas de esta clase de ejecución a la realización de actos sustitutivos de cumplimiento *in natura*, sino que se permite adoptar ya *ab initio* el embargo de bienes del ejecutado y, más ampliamente, cualesquiera «medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena».

Con estos medios se puede –si es ésta la voluntad del intérprete– llegar a activar el artículo 1111 CC pero ya insertado en el proceso de ejecución, sin tener que reverdecir complejas –y tal vez exorbitantes– teorías sobre el interés cualificado que habría de concurrir para argumentar la procedencia de la acción subrogatoria, basado o en el peligro inminente de incumplimiento del deudor o en la sola inacción de éste en la defensa de sus derechos, al margen de toda consideración sobre la suficiencia económica del resto del patrimonio del deudor⁷³, y que termina por apartar a este instrumento de su función primordial de preservar la garantía *genérica* de la suficiencia patrimonial del deudor, para convertirse en un remedio petitorio de la *eadem res* todavía no exigible al obligado *sub conditione* o a término.

Para estos casos, las soluciones más convenientes son, antes, de carácter sustantivo, como que legalmente se tenga por incumplida la obligación cuando exista el riesgo inminente de incumplimiento o se imponga al deudor la carga de dar garantía para su cumplimiento, en la línea de lo que apunta el artículo 417-1 del anteproyecto de Ley de Código de Comercio⁷⁴. La falta de estas normas –lo advertimos– es la que introduce al artículo 1111 CC en un bucle del que es imposible salir sin volver a caer en él.

legislación mercantil, se permita la venta de los bienes o efectos depositados, el Notario, a instancia del depositante o del propio depositario, podrá convocar y proceder a la venta de los bienes. A ese efecto se procederá según lo previsto en esta Ley para las actas notariales de subasta, y se dará al importe obtenido el destino establecido en la legislación mercantil» (apdo. 3).

⁷³ Es el caso de R. NICOLÒ (“Articolo 2900”, *loc. cit.*, pp. 80-83) que con esta forma de concebir la acción subrogatoria puso una piedra más en el camino que le llevó a concluir –erróneamente– que la acción subrogatoria del ambiguo artículo 2900 CC tiene *naturaleza cautelar* (pp. 19 y 23-24), desmontada posteriormente por la práctica totalidad de la doctrina italiana. En lo que no se equivocaba este autor era en advertir su «instrumentalidad de segundo grado» (R. NICOLÒ, (“Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 26).

⁷⁴ El artículo 417-1 del anteproyecto de LCCo dice así: «*Conducta ante el temor fundado de incumplimiento.* Cuando exista un riesgo notorio de incumplimiento esencial del contrato por una de las partes y ésta no cumpla ni preste garantía adecuada de tu cumplimiento, la otra parte podrá resolver el contrato». Además, el artículo 416.1.2 *in fine* del anteproyecto de LCCo aclara, en materia de extinción contractual, la no afectación de «los derechos y obligaciones de los que cualquiera de las partes sea titular con anterioridad a la extinción».

3º) ¿(In)compatibilidad del artículo 1111 CC frente a la recuperación de la *eadem res* debida al acreedor?

§. Cuando lo que se pretende paladinamente al amparo del artículo 1111 CC no es la reintegración patrimonial del deudor ante una situación de insuficiencia actual, sino conseguir oblícamente el bien específico, la *eadem res* que debe el deudor, haciendo ejercitar a su acreedor los «derechos y acciones» de aquél *antes incluso del incumplimiento*, se está dotando a la llamada acción subrogatoria de una finalidad *distinta*, desviada de la finalidad de remediar la integridad patrimonial del deudor y dirigida a soslayar los límites de las propias fuerzas del derecho del acreedor y de la tutela que por sí mismo podría obtener.

Si el derecho es exigible porque el incumplimiento ya se ha producido (y nótese –en este punto– que el artículo 1119 CC tiene «por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento»⁷⁵), el acreedor tiene la carga de hacer valer sus derechos frente a quién y cómo corresponda. Y si no se ha producido el incumplimiento o la extinción, la hipótesis cambia para convertirse en otra más amplia sobre la tutela dispensable a los adquirentes *sub conditione* o a término en nuestro derecho, que, en mi opinión, no incluye, dado el tenor del artículo 1111 CC, la acción subrogatoria *tout court*, so pena de desnaturalizar su función de reintegrar el patrimonio realizable del deudor y de alterar también las propias fuerzas del derecho de crédito, de carácter relativo, del que esté asistido –si es que lo está– el acreedor a la entrega de la cosa. De nuevo, aquí incide la configuración sustantiva de las relaciones jurídicas en el Derecho privado, que condiciona que se disipe el falso ejercicio de los derechos ajenos⁷⁶.

En nuestro ordenamiento ya hemos señalado que la dificultad de encontrar un remedio equivalente a un secuestro conservativo oponible a tercero en prevención de un futuro incumplimiento de una obligación de dar cosa específica puede vencerse a través de la finalidad práctica que permite cumplir la diligencia preliminar de exhibición del artículo 256.2 LEC, que la orienta a un futuro e inminente proceso de declaración en el que se deduzcan pretensiones merodeclarativas.

En ese proceso de declaración, en sede cautelar, la vialidad de una medida de depósito de cosa mueble encuentra el obstáculo –no insuperable– de que el artículo 727.3º LEC *ejemplifica* esta medida dibujando como situación jurídica cautelable que se pretenda «la condena a entregarla y [que] se encuentre la cosa

⁷⁵ Vid. lo que se dice en nota 84.

⁷⁶ Así, p. ej., la responsabilidad de las partes durante la fase precontractual, que, por definición, debe conjugar la libertad de los sujetos para concluir o no el íter de formación del contrato con la evitación de que use la negociación con finalidades torcidas. En el anteproyecto de LCCo se aclara parcialmente esta cuestión, que habrá que valorar *ad casum*. Además de imponer a los sujetos un deber de confidencialidad (artículo 412-1), se dispone, de un lado, que «ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo», al tiempo que se aclara que tanto la negociación como la ruptura de los tratos con mala fe engendra una responsabilidad por dolo (artículo 412-2); lo que disipa en parte las incertidumbres jurídicas de algunos supuestos que se presentan como casos de adquirentes *sub conditione*.

en posesión del demandado»; lo que obliga a interpretar *ad casum* como equivalente la *disponibilidad jurídica* que tenga el demandado sobre la cosa a través de los derechos que pueda hacer valer frente a un tercero detentador, aunque debe subrayarse que el catálogo de medidas del artículo 727 LEC no es cerrado y puede el justifible “diseñarse” su propia medida cautelar siempre que se cumpla con las características y finalidades de estos remedios provisionales. Aunque en su caso así, con más motivo, lo que tendrá que hacer el demandante será demandar también al tercero en cuyo poder se encuentre la cosa, a resultas de lo que se decida en el proceso principal sobre la exigibilidad y obligación de entrega de la cosa al demandante.

Esta limitación no existe en el embargo preventivo de bienes, cuyas medidas de garantía de depósito puede constituirse *de lege lata* frente a tercero (artículos 738.2 y 626 LEC), aunque si se emplea con la finalidad de trabar un bien específico a cuya entrega estima tener derecho el demandante, raramente escaparemos de la necesidad de que el proceso se dirija también frente a quien lo detenta, puesto que esta situación ya dificulta, en principio, la existencia de «indicios y signos externos» (artículo 593.1 LEC) en cuya virtud se acuerda el embargo de los bienes del ejecutado, aunque, de acordarse, el tercero todavía podrá impugnar el embargo a través de una tercería de dominio (artículo 595 LEC), entre otros remedios, como la oposición previa del artículo 593.2 LEC o, en el caso de bienes inscritos registralmente, mediante la llamada tercería registral (artículos 629 y 658 LEC y artículo 38 LH). Lo mismo puede decirse de las medidas cautelares consistentes en anotaciones registrales, a fin de dar publicidad a la existencia del proceso merodeclarativo sobre la cosa y poder oponerla frente a terceros (Artículos 727.5ª t 6ª LEC).

Para cerrar el abanico de medidas cautelares, también cabe mencionar la medida consistente en una orden judicial de abstenerse temporalmente de llevar a cabo a una conducta, que podría cumplir el fin de conservación de la cosa si de lo que se trata es de conservar la *eadem res* a resultas de lo que se decida en el proceso principal sobre la exigibilidad y cumplimiento de la obligación de entrega (*vid.* artículo 726.2 LEC): o el proceso –y la medida cautelar– no exceden de la persona del obligado o nuevamente debería dirigirse el proceso también contra el tercero en cuyo poder se encuentre para que se discuta y se declare el derecho a la cosa del que se estima asistido el demandante.

Finalmente, téngase en cuenta que la ejecución en forma específica –que cabe adelantar provisionalmente– ofrece al acreedor provisto de una sentencia favorable de condena a la entrega de cosa determinada los cauces para agotar la localización y puesta en posesión de los bienes muebles específicos a que se refiera la condena (incluyendo, llegado el caso, la entrada en lugares cerrados; artículo 701 LEC) y la de inmuebles, aun ocupados por terceros, previa la decisión incidental que puede suscitarse en este caso sobre sus eventuales derechos a permanecer en el inmueble (artículos 703 y 704 LEC).

Ante este panorama no parece, pues, que el remedio sea la acción subrogatoria o, por lo menos, la que dibuja nuestro artículo 1111 CC, pues, como ya hizo notar MONTELEONE, cualquier medida que tienda a la consecución del específico bien debido por el deudor no se concilia con el contenido de la

responsabilidad patrimonial, cuya efectividad es la que persigue la acción subrogatoria: «el contenido de la responsabilidad patrimonial (...) aborrece cualquier individualización preventiva de los bienes a expropiar»⁷⁷.

4º) Objeciones al ejercicio de la acción subrogatoria como medio para obtener la *eadem res* debida al acreedor

§. Lo anterior enlaza con las objeciones que la doctrina aduce en sentido contrario a la admisibilidad de la acción subrogatoria para esta clase de acreedores⁷⁸, consistentes, en resumidas cuentas, en que el supuesto de hecho excede de la tutela genérica de la garantía patrimonial del deudor para ser abordado mediante otros remedios y con otros esquemas, que alumbran ya derechos propios.

De esta forma, en el supuesto de que el acreedor sea titular de un derecho a la entrega de cosa específica en cuya posesión no está el deudor, pero este tiene, a su vez, el derecho de obtener la cosa frente a un tercero, resulta forzado aplicar la acción subrogatoria, puesto que la incorporación del bien al patrimonio del deudor no busca mantener la garantía genérica de la suficiencia de los bienes del deudor. Cuando lo que se persigue es la *eadem res* con cuya entrega ha de cumplir en forma específica el deudor, los remedios arbitrados por el Derecho a los terceros son otros, ya mencionados: las diligencias preliminares, las posibles acciones directas, las medidas cautelares a las que alcancen las fuerzas del propio derecho del acreedor y su situación jurídica cautelable y –llegado el momento– los cauces de la ejecución, como se ha señalado. En definitiva: el *ejercicio del propio derecho*, y no el ejercicio de los “*derechos de otro pero sin el otro*”, como presupone nuestra doctrina procesalista actual en la sustitución procesal. No obstante, como ya se avisó al inicio de estas páginas, a regañadientes habría que admitirla –modulada, eso sí, por el principio jurídico-procesal de audiencia– en cuanto ayude a solucionar problemas que son hoy irresolubles dogmáticamente a causa de una indefinición de la posición jurídica

⁷⁷ G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., p. 74, nota 91, donde expone que la clase de ejecución no dineraria, aun compartiendo con la dineraria sus rasgos característicos, obedece a un fenómeno diverso del de responder el sujeto con todos sus bienes presentes y futuros.

Este autor termina admitiendo, en lo que parece una contradicción, que el derecho del acreedor pueda tener por objeto la entrega de cosa determinada y traslada a la determinación del «derecho o acción» del deudor intermedio el problema de establecer cuál de ellos permitirá alcanzar el resultado apetecido; la contradicción es inevitable cuando, además niega a los acreedores eventuales, sometidos a condiciones propiamente dichas, y a los acreedores de derechos intrínsecamente inciertos por ser créditos litigioso, el uso de la figura. Estas contradicciones sólo pueden entenderse en las coordenadas del propio Derecho italiano, no sólo sustantivo, sino sobre todo por la *alternatividad* de la acción subrogatoria frente al *pignoramento presso terzi* y las limitaciones que pueda arrojar éste.

⁷⁸ *Vid.*, las observaciones de, G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale....*, cit., pp. 148 y ss; S. TAGLIAPIETRA, “Azione surrogatoria in funzione satisfattiva?”, *loc. cit.*, p. 152-156; G. STELLA, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 288-293, con la advertencia de que la doctrina italiana, por las coordenadas de su propio ordenamiento, suele ser favorable a la admisibilidad de la subrogatoria en estos supuestos por lo que ya se apuntó al inicio de este apartado.

de los sujetos, especialmente condicionada por las causas y los efectos de la nulidad y de la extinción de las obligaciones y de los contratos.

Si la finalidad que se persigue es la antedicha, como parece que es cuando se propugna que baste la mera inacción del deudor en la tutela jurídica de los poderes que le corresponden para activar el artículo 1111 CC, lo más razonable es que aquel acreedor que sea titular de un derecho de carácter real sobre la cosa haga valer frente al *debitor debitoris* su propio derecho real sobre la cosa sin el auxilio de acción subrogatoria ninguna (y –añádase– sin sustituir tampoco procesalmente a su deudor). Y si es titular de un derecho de carácter personal a la entrega de la cosa específica, a lo que se enfrenta hoy es a un difícil diagnóstico de la posición jurídica en la que encuentra y de los derechos y acciones que le pueden asistir *iure proprio*, por cuya existencia tal vez se justifique “el ejercicio de los derechos de otro”. Desde el Derecho procesal sólo cabe mostrar que cuando la acción subrogatoria se emplea como medio para obtener el específico bien que satisface el preciso interés patrimonial del acreedor se está innovando, oblicuamente, un tipo de tutela distinta que alumbra *acciones directas* o *derechos propios* y que también están en el fondo del llamado *commodum representationis* o *subrogationis* contemplado genéricamente en el artículo 1186 CC⁷⁹ y, específicamente, en el artículo 40 LCS⁸⁰.

⁷⁹ Sobre la extinción y subsistencia de la obligación de dar cosa específica y sobre el *commodum representationis*, *vid.* por todos, J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, en *Anales de Derecho*, núm. 20, 2002, pp. 37 y ss. [disponible v.e. en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56711/54661>]; F. PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho civil*, 1991, vol. 43, núm. 3, pp. 1020-1023 [disponible v.e. en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1991-30101901092 ANUARIO DE DERECHO CIVIL El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)]; Á. CRISTÓBAL MONTES, “El «commodum representationis» del artículo 1186 del Código Civil”, en *Anuario de derecho civil*, 1987, vol. 40, núm. 2, 1987, pp. 601y ss. [disponible v.e. en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1991-30101901092 ANUARIO DE DERECHO CIVIL El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)]; y J. ALCALDE SILVA, “El «commodum representationis» del artículo 1677 del «Código Civil» de Chile», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII, 2007, pp. 337-161 [v.e. disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200001>].

⁸⁰ El artículo 40 LCS regula con mayor detalle el *commodum representationis* en el seguro contra daños, limitándolo a los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiaos sobre bienes especialmente afectos y precisando un poco más su régimen jurídico, a menudo olvidado cuando se trata esta figura:

«El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio. A este fin el tomador del seguro o el asegurado deberán comunicar al asegurador la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia.

El asegurador a quien se haya notificado la existencia de estos derechos no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio. En caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes

La figura denominada *commodum representationis* –a la todavía aludiremos después– está contemplada en el artículo 1186 CC, que lo circunscribe a los supuestos de extinción de la obligación de dar por causa de un incumplimiento *no culposo* del deudor, pero que también se ha propuesto extender al incumplimiento culposo, con la prolongación de la consiguiente *perpetuatio obligationis* (PANTALEÓN PRIETO).

A tenor de este artículo 1186 CC, «*extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta*». Algunos autores han relacionado esta figura con una legitimación excepcional del acreedor para ejercitar acciones que son propias del deudor⁸¹. La razón de ver una sustitución procesal o ejercicio de derechos ajenos estaría aquí en que el acreedor es precisamente eso, un acreedor, y no el propietario de la cosa, que seguiría siendo el deudor porque no se produjo *traditio*. Pero no hay –en efecto– tal “ejercicio del derecho ajeno”, como ha objetado con razón MONTERO AROCA⁸². Frente al tercer deudor –causante de la pérdida de la cosa o un asegurador que deba responder en virtud de contrato de seguro– el acreedor no ejercita las acciones de su deudor para reintegrar el patrimonio de éste, sino que el artículo 1186 CC le otorga, ante la pérdida de la cosa por causa de un tercero que libera al deudor de la obligación de entrega (artículo 1122.1ª CC), un poder jurídico propio que conduce al acrecentamiento de su propio patrimonio, lo que marca toda una diferencia con lo que apunta el artículo 1111 CC.

El fundamento del *commodum representationis* se sitúa en evitar el enriquecimiento injusto del deudor, que queda *liberado de la obligación* de entrega a causa de la pérdida de la cosa sin culpa suya y que, sin este artículo 1186 CC, podría reclamar la indemnización del daño frente al causante de la pérdida (una Administración pública expropiante) o frente a una compañía aseguradora (artículo 40 LCS). Para FERNÁNDEZ CAMPOS⁸³, es la propia relación jurídica entre acreedor y deudor «el marco que explica y justifica esta medida legal de que el acreedor pueda dirigirse contra el tercero sin estar obligado con él (si era deudor de su deudor) o no ser titular del derecho o de la cosa destruida o perdida por él», por lo que «donde el artículo 1186 dice “*extinguida la obligación por la pérdida de la cosa*”, debería decir, con más propiedad, que “*siendo imposible el cumplimiento de la prestación originaria debido a la intervención de tercero*”, “*corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de ésta*”».

§. *Antes del incumplimiento*, permitir de forma preventiva la activación del artículo 1111 CC lo que en fondo impide son o el propio incumplimiento del deudor o la extinción de la deuda de dar, que son los que –*de lege lata*– desatan

del vencimiento de la obligación garantizada, se depositará su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos mil ciento setenta y seis y siguientes del Código Civil.

Si el asegurador pagare la indemnización, transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores sin que éstos se hubiesen presentado, quedará liberado de su obligación».

⁸¹ *Vid.*, con la advertencia de que no es ésta la postura que defienden estos autores, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 658; y J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “La imposibilidad de cumplimiento...”, *loc. cit.*, pp. 44-53.

⁸² J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *cit.*, pp. 343-344.

⁸³ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “La imposibilidad de cumplimiento...”, *cit.*, p. 52.

los efectos sobre la pérdida sobrevenida de la cosa, previstos en los contradictorios artículos 1156, 1182, 1122.1ª y 1186 CC, de un lado, y en el artículo 1122.2ª CC, de otro lado, que traen de cabeza a los civilistas (y a los no civilistas) y complica enormemente la naturaleza de la “acción” subrogatoria, que, en el fondo, depende de los remedios sustantivos y procesales que se encuentren a la prevención de la insolvencia y sus efectos sobre las relaciones jurídicas.

Por eso, esta aplicación “preventiva” del mecanismo del artículo 1111 CC entra en contradicción –en el sentido de que son de aplicación alternativa– con las interpretaciones del artículo 1119 CC, que tiene «por cumplida la obligación cuando el obligado impidiese voluntariamente el cumplimiento»⁸⁴ y, también, con el mismo *commodum subrogationis* (que, para rematar, podría darse en los límites que precise la satisfacción del interés económico del acreedor). Dicho de otra forma, si se admite con esa función preventiva la aplicación del artículo 1111 CC, se produce una contradicción lógica entre:

- El propio artículo 1111 CC, que –acaso como “mal menor”– pierde entonces su finalidad de reintegración del patrimonio realizable del deudor para convertirse en “otra cosa”, de incierta naturaleza jurídica, pero en cualquier caso ajena a su tradicional fundamento ubicado en la *universal* responsabilidad patrimonial del deudor.

⁸⁴ La interpretación más flexible de este artículo 1119 CC, que tiene «por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento», relaciona el comportamiento omisivo del deudor con la existencia de «un deber de prestar colaboración o cooperación en la realización del evento previsto como condición», que puede ser expreso o tácito, inferido de la relación jurídica condicional (V. L. MONTES PENADÉS, “Artículo 1119”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales...*, t. XV, vol. 1º, cit., p. 1091). Ahora, si el cumplimiento de la condición depende de que el deudor *sub conditione* ejercite sus acciones en vía judicial y no lo hace, no se ven obstáculos para entender que está impidiendo el cumplimiento de la condición y que, si ha mediado un requerimiento del acreedor y permanece instalado en la inacción, presenta la nota de voluntariedad. Cabe interpretar que es lo que acontece cuando el deudor deja de recabar frente a sus deudores y otros terceros la tutela jurídica que precisa para cumplir, por lo menos en los casos en los que el acreedor lo sea de cantidad *dineraria* y mientras sea cierta la premisa de la que se parte: que la insuficiencia patrimonial del deudor es una imposibilidad transitoria del cumplimiento, pero no una causa de extinción de la obligación dineraria. En este contexto, seguramente tampoco sea nula la cláusula que ponga como condición suspensiva de la exigibilidad del crédito el hecho de que el deudor recupere en vía judicial cierto pasivo exigible. En mi opinión, la obligación no debe reputarse nula *ex* artículo 1115 CC por la razón de que la vigencia del principio dispositivo haga depender de la voluntad del sujeto interesado el inicio del proceso civil, ni porque constriña *irrazonablemente* el derecho del deudor a instar de los tribunales la tutela jurídica de sus derechos. Nótese que tampoco sería nula si circunscribimos, como hace DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (*Fundamentos...*, cit., p. 352), a las obligaciones *no sinalagmáticas* el campo de aplicación de las condiciones llamadas *meramente potestativas* que son las que generan la nulidad *ex* artículo 1115 CC por hacer depender el cumplimiento de la exclusiva voluntad del deudor. Y, en fin, aunque así fuera, el deudor o acreedor *sub conditione* podrían intentar las acciones de nulidad, en acumulación eventual con las de cumplimiento o subsidiaria resolución de la relación jurídica condicional, en sí misma dudosa. Dependerá, en definitiva, del tenor de la condición y de la interpretación de la relación jurídica condicional.

- El artículo 1119 CC, que tiene *por cumplida ficticiamente* la obligación cuando el obligado impida voluntariamente su cumplimiento, pero que es susceptible de las interpretaciones señaladas en la nota 84, además de lo que se dice sobre la incertidumbre congénita de los acreedores y adquirentes *sub conditione* más adelante.
- Los artículos 1156, 1182, 1122.1ª y 1186 CC, que tienen *por extinguida* la obligación, con efectos que desmienten esta extinción, pues, de un lado, queda liberado el deudor de la pérdida de la cosa debida si, no estando todavía constituido en mora, se pierde o destruye la cosa por causa no imputable a él, pero, de otro lado, se impone –en el artículo 1183 CC– una presunción de culpa del deudor que hace presumir una *perpetuatio obligationis*.
- El artículo 1186 CC, que, en el caso anterior de extinción–*perpetuatio*, dispensa el *commodum subrogationis*, antes mencionado, que la doctrina también ha calificado como una transmisión, por subrogación legal, del crédito del deudor frente a tercero, incardinable en el artículo 1209 CC, que constituye otro ¿argumento/obstáculo? más para ¿negar/admitir? que a *prevención* pueda emplearse la acción subrogatoria para conseguir, antes del incumplimiento de la obligación, el bien determinado y comprometido por el deudor.
- El artículo 1122.2ª CC, que se limita a señalar que «*si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios*», aunque también se ha propuesto que el acreedor pueda «exigir al amparo del artículo 1186 CC, en vez de la indemnización del daño en la medida de su íntegro interés en el cumplimiento, el (en ocasiones, más valioso) *commodum representationis* (y si menos valioso, la cantidad, además, que falte para llegar alcanzar aquella indemnización)»⁸⁵.

Como fácilmente se entenderá, resolver cuál es la mejor solución que cabe dar a todas estas contradicciones que tiene ante sí el dilema de aclarar si se extingue la obligación y con qué efectos o si estamos ante un incumplimiento que alumbra, de una vez, un derecho totalmente propio y autónomo del acreedor como perjudicado, ya por la falta de entrega del bien comprometido, o ya por la inacción en la tutela jurídica de sus derechos sobre la cosa frente a otros. Por no mencionar la cuestión de que los efectos retroactivos anudados al cumplimiento de condiciones suspensivas deberían ir al paso de los que desencadena, en sentido inverso, la retroactividad del cumplimiento de condiciones resolutorias, no compete más que a la doctrina civilista.

Por mi parte, suscribo con todas las cautelas las palabras que ya apuntaba MONTELEONE⁸⁶ en su estudio sobre la contradictoria acción subrogatoria:

«para las obligaciones que tienen por objeto una prestación diversa del pago de una suma de dinero o de una cantidad de cosas fungibles, la inactividad del deudor en la tutela jurídica de un cierto bien, *latu senso* debido, determina

⁸⁵ F. PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual...”, *loc. cit.*, p. p. 1022.

⁸⁶ G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, p. 157.

seguramente una situación de incumplimiento, puesto que hace imposible la puntual ejecución de la prestación».

§. Lo que es un error es solucionar todos estos problemas a través de la acción subrogatoria esperando que se solucionen solos. El artificio de la sustitución “procesal”, hoy, ya no da para más y plantea irresolubles problemas sobre naturaleza del derecho/acción/facultad que ejercita el acreedor cuando ejercita la acción subrogatoria en proceso declarativo “independiente”. Ese artificio ha volcado la atención de la doctrina procesalista en resolver la nada ridícula cuestión, por la materia tratada, de si la “corrección de errores” del BOE núm. 90 de 14 de abril de 2000, es o no correcta y compatible con los principios inalterables y del todo relativos que presiden las relaciones jurídicas, el proceso y la cosa juzgada de las sentencias plenarias firmes⁸⁷.

5º) Influencia de la LEC en esta materia

§. Estas consideraciones no acaban aquí; me temo también hay que observar en qué medida la LEC ha terciado en este asunto.

Por la íntima relación entre *responsabilidad* y *ejecución* que convierte al proceso de ejecución en un instrumento de actuación de esa responsabilidad, la LEC ha incidido en estas cuestiones, mediante diversas técnicas ya mencionadas –diligencia preliminar de exhibición, medidas cautelares, ejecución de pronunciamientos no dinerarios– que dispensan una tutela en forma específica que excusan de acudir al artificio de la sustitución “procesal” y del ejercicio del derecho ajeno en nombre e interés propio.

Con toda claridad se deduce en los supuestos de dar un determinado inmueble y el régimen de ejecución que de estas condenas a virtud de los artículos 703 y 704 LEC. Estas medidas suponen la inscripción registral que –en su caso– proceda y, sobre todo, la posibilidad de obtener coactivamente el lanzamiento de terceros ocupantes, que puede el ejecutante pedir y el tribunal acordar tras el conocimiento incidental que se suscita sumariamente sobre un eventual derecho a mejor poseer y permanecer en el inmueble que se opone frente a la medida concreta de lanzamiento y a los solos fines de enervar este lanzamiento. En otras palabras: una impugnación de la medida concreta donde la cognición se efectúa a los solos fines de la ejecución.

El modo en que la LEC, con su regulación sobre estas medidas de ejecución de la condena a entregar inmueble, ha variado esta cuestión se verá mejor en el siguiente caso, extraído de la jurisprudencia italiana y tratado como ejemplo de la acción subrogatoria con posible “función satisfactiva”⁸⁸: el de un arrendatario que tiene derecho frente al arrendador a la entrega de la cosa que, sin embargo, éste no entrega por no haberla recibido de aquel otro al que, p. ej., se la compró o se la había arrendado. Si nos parece –y todo indica que sí– que en un caso semejante sería viable la acción subrogatoria cuando el cumplimiento específico es lo que satisface el interés del acreedor, es una

⁸⁷ Vid. *infra* el aptdo. 7.4. Eficacia jurídico-material de la sentencia y límites subjetivos de la cosa juzgada material en la “acción” subrogatoria, pp. 442 y ss.

⁸⁸ Cfr. G. STELLA, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 288 y 290.

necesidad prescindir de la *condictio iuris* de haber perseguido del deudor lo que éste debe y seleccionar el derecho o facultad del acreedor. Pero yo no sería favorable a esta aplicación del artículo 1111 CC, porque no estamos prescindiendo sólo y necesariamente de la *excussio bonorum*: estamos, antes, interpretando *in bonis* el artículo 1182.1ª CC que, para el caso de extinción de la obligación impone al deudor la de resarcir los daños y perjuicios cuando la cosa se pierde por causa imputable al deudor; vale que estamos presuponiendo la culpa –que, en efecto, presupone el artículo 1183 CC–, pero, sobre todo, estamos empleando el artículo 1111 CC con un fin distinto del de suplir la insuficiencia patrimonial, que acaso diluye la diferencia entre derechos reales –todavía discutida en el caso del arrendamiento de inmuebles– y derechos personales; que cuestiona la teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales sobre la cosa; y que, finalmente, influye también –como apuntaba MONTELEONE– en el régimen de incumplimiento de las obligaciones y en el de la propia subsistencia o *perpetuatio obligationis*, nada claros por otro lado. Por no mencionar que, en el ejemplo imaginado, puede que el obligado no quiera o no pueda recuperar ya la casa comprada o prefiera, incurriendo en un incumplimiento contractual con el acreedor de la entrega de la cosa, mantener al anterior arrendatario con un nuevo contrato de arriendo.

Todos estos problemas, como se aprecia, pertenecen a la dogmática civil y son los que explican, hoy por hoy, el forzado recurso al “ejercicio del derecho ajeno”, mientras se abre camino el derecho propio: porque esto –derechos propios, y no otra cosa– es lo que debe devolver el ejercicio de cualquier derecho/acción/facultad de un litigante que acude a un proceso de declaración plenario y formalmente autónomo.

§. En el caso de las obligaciones de entregar inmueble deja de ser preciso ese recurso y, que se sepa, nadie llora por haber dejado atrás la acción subrogatoria en un caso semejante. Pero todos los problemas y prejuicios dogmáticos –civiles y procesales– permanecen en el caso de los bienes muebles (y en la tutela genérica del crédito si seguimos sin ponerla al servicio del embargo), cuando a virtud de la inacción del deudor en la tutela jurídica de sus derechos frente a tercero, no pudiera ser entregada la cosa comprometida al deudor. Los míos los dejo a un lado para suscribir que con la acción subrogatoria el acreedor *ejercita* “las prerrogativas jurídicas de otro”, pero “no *sin* el otro” como presupone la sustitución “procesal”, siempre que el ejercicio de esta pretendida acción subrogatoria propia del acreedor de dar cosa específica devuelva ese producto: la construcción de un derecho subjetivo a la entrega de la cosa que el acreedor deduce como hechos constitutivos de derechos ajenos.

Por mi parte, estoy dispuesta a suscribir, siempre que sirva para solucionar problemas prácticos, que la mejor definición del «ejercicio de los derechos» que se ha realizado en la teoría jurídica del Derecho es la de BETTI: «la realización, frente a otros, de un *estado de hecho o una situación jurídica conforme al típico interés para cuya protección está dispuesto*»⁸⁹ y que en este ejercicio cabe construir derechos propios del acreedor cuyos medios de tutela

⁸⁹ E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 23.

no son siempre sustantivos o materiales. Este camino está en parte ya trazado, aunque no sea fácil verlo, en el modo en que la LEC regula la ejecución de dar cosa mueble determinada (artículo 701 LEC); pero, mientras no se vea así, estoy dispuesta a sostener, aunque no se trate de una idea procesalmente ortodoxa, que el artículo 1111 CC permite al acreedor ejercitar las prerrogativas de agresión, gestión y administración patrimoniales que el ordenamiento le reconozca para hacerlas valer frente al deudor intermedio y, a su través, deducir los derechos jurídico-patrimoniales de éste frente al *debitor debitoris* que permitan salir del estado patológico de incumplimiento en perjuicio del acreedor para conseguir la reintegración de bienes realizables. Todo esto –digo– estaría dispuesta a suscribirlo a condición de que siempre –mediante la técnica procesal más oportuna– se respete la garantía de audiencia del deudor intermedio.

§. Si nos atenemos a las enseñanzas tradicionales, ni existe un medio para constreñir a ese deudor a que deduzca sus derechos, ni en el caso examinado el derecho del acreedor tendría ya por objeto la entrega de la cosa determinada, sino el resarcimiento económico del daño causado, en cuyo caso no bastará la sola inacción del deudor para acudir a la acción subrogatoria, sino que será necesaria –además del incumplimiento, implícito en la hipótesis– la insuficiencia patrimonial y, con ello, este mecanismo mantendría su funcionalidad dentro de los límites que dibuja el artículo 1111 CC. Este derecho indemnizatorio sustitutivo del cumplimiento que ahora sí es dinerario es el resultado al que conduce o bien la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento a causa de haberse perdido la cosa a manos del deudor que dejó de defender diligentemente sus derechos frente a tercero (artículo 1122.2ª CC), aunque no es pacífico que nos hallemos ante un verdadero supuesto de extinción de la obligación o de una *perpetuatio obligationis*; o, si se entiende que la imposibilidad de cumplimiento era ya originaria, la indemnización surge de la nulidad del negocio o contrato que discurra entre las partes⁹⁰. Como todo es dudoso, en fin, con ese carácter tendrá que deducirlo el litigante, esgrimiendo cuantas causas y títulos de pedir tenga frente al demandado (artículo 400 LEC), para que, así deducidas, valore el demandado, en ejercicio de su derecho de defensa, si alega o no cuantos hechos impeditivos, extintivos o excluyentes pueda oponer al demandante.

Ante este desalentador panorama lo que le cabe al Derecho procesal es impedir que los prejuicios dogmático-procesales obstaculicen la realización de cumplir a la justicia su fin de dar a cada uno lo suyo. Y, por eso, reiteramos aquí lo ya mencionado en nota 84, pero no ocultamos que el resultado que devuelve la doctrina procesal hoy en día sobre el artículo 1111 CC y la sustitución procesal

⁹⁰ La necesidad de atenerse al caso concreto es, como siempre, imperiosa. Y para mostrarla no hay más que recordar el caso de la sentencia con la que ilustrábamos este apartado sobre la preexistencia de un derecho del acreedor: el de que su deudor (el intermedio) le hiciera una cesión *pro soluto* de un crédito derivado de un contrato de instalaciones en el que entre las partes se había pactado una cláusula de *non cedendo* que desactiva, por la propia naturaleza del derecho deducido para fundamentar su legitimación, la aplicación del artículo 1111 CC.

es, ni más ni menos, una lesión intolerable del principio jurídico–natural de audiencia.

C) *¿Vencimiento y exigibilidad del derecho del acreedor? La necesidad de distinguir entre acreedores dinerarios y adquirentes o acreedores sub conditione*

§. Esta tercera cuestión no es más que otra forma de abordar el mismo problema que acabamos de ver y que ha conducido a la doctrina a plantearse si el crédito del titular ha de ser vencido y exigible.

Cuando el crédito es dinerario, hay que entender, con la mayoría de la doctrina⁹¹ –con razones de peso, que suscribimos– que el atributo de exigibilidad del crédito dinerario se deriva de forma lógica de la exigencia del artículo 1111 CC de haber tenido el acreedor que hacer excusión previa de los bienes del deudor. Y, por lo mismo, quedarían excluidos del ejercicio de la subrogatoria los acreedores o adquirentes *sub conditione* en tanto no fueran exigibles los eventuales derechos sustitutivos o indemnizatorios del cumplimiento.

En cambio, prescinden del requisito de exigibilidad o vencimiento LEÓN–CASTRO ALONSO⁹² y CRISTÓBAL MONTES⁹³, a fin de facilitar el acceso a la acción subrogatoria a los acreedores a término y, sobre todo, a los condicionales, con la finalidad tuitiva de permitir a estos acreedores conservar la garantía patrimonial de su deudor. La bondad de este planteamiento aboca, como antes se apuntaba, a convertir a la acción subrogatoria en un instrumento preventivo de interferencia patrimonial en una ajena relación jurídica que, visto desde el punto de vista del *debitor debitoris*, puede considerarse desproporcionado, por no mencionar las dificultades para, por la inexigibilidad del crédito del acreedor y la incertidumbre sobre su posición jurídica interina, dispensar a través del proceso civil de declaración una tutela adecuada y compatible con la función de resolver controversias jurídicas de forma irrevocable.

A priori, únicamente una tutela de naturaleza declarativa es la que cabe dispensar ante esas situaciones, unida a las eventuales medidas cautelares que puedan acordarse, dentro de los límites a los que alcance la situación jurídica cautelable del acreedor o adquirente *sub conditione*; que es la cabal lectura a la que conduce los problemas apuntados en el apartado anterior a los acreedores de dar cosa determinada.

1º) Acreedores a término

⁹¹ *Vid.*, por todos, J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., pp. 38, espec. nota 54 y pp. 43-44; Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 121-122; y

⁹² J. LEÓN–CASTRO ALONSO, “La conservación del patrimonio del deudor. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 7 de abril de 1994”, en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, pp. 385 y ss.

⁹³ Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., p. 126-130.

§. Respecto de los acreedores a término (que sólo tienen suspendida, por el término, la exigibilidad de su crédito *ex* artículo 1125 CC), buena parte del problema desaparece sin vedarles el eventual ejercicio de la acción subrogatoria –si concurre el resto de los presupuestos– desde el momento en que el artículo 1129 CC niega el beneficio del término a los deudores que se encuentran en situación de insolvencia y a los que voluntariamente hayan disminuido las garantías del crédito, que es la situación que presupone el artículo 1111 CC.

La desaparición sobrevenida de la suficiencia patrimonial del deudor genera el vencimiento anticipado de la obligación, aunque la doctrina indica que antes de acudir a la acción subrogatoria hay que brindar al deudor la posibilidad de que garantice la deuda, porque la pérdida del término no es automática⁹⁴. Si el deudor presta garantía suficiente, se habrá acabado el problema; y si no lo hace, la inexigibilidad del crédito deja de ser un obstáculo, porque, conforme al artículo 1129. 1º CC, el crédito deviene exigible.

2º) Acreedores o adquirentes sometidos a condición suspensiva

§. Esto mismo debería valer para los acreedores o adquirentes sometidos a condición suspensiva, si no fuera porque su situación es, al menos en el plano teórico, congénitamente incierta.

No se olvide que la condición que nos ocupa ha de consistir, de acuerdo con los artículos 1113.I y 1125.II y III CC, en un evento futuro e incierto o en uno pasado que las partes ignoren (*dies incertus an*). Si el evento es seguro que se producirá aunque se ignore cuándo, el artículo 1125.II CC considera que la obligación está sometida *a término* o *a plazo* y será exigible cuando acaezca el hecho futuro y cierto, en los términos señalados. En este punto hay que recordar que cuando la obligación no tenga señalado plazo «*pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor*», el artículo 1128 CC difiere a los tribunales la determinación de su duración, lo mismo que en el caso de que la duración «*haya quedado a voluntad del deudor*»⁹⁵.

A medio camino entre la obligación condicional y la obligación a término se encuentra aquella sometida a «*la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado*»; cumplido éste o cuando sea «*ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar*» y que la obligación no puede purificarse, se produce la extinción de la obligación (artículo 1117 CC).

§. Pues bien, de estos acreedores o futuros adquirentes se dice que *pendente conditione* son titulares de una expectativa de derecho o titulares interinos de un derecho *sub conditione*, cuya posición jurídica está caracterizada por dos criterios:

⁹⁴ Vid., J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., pp. 43-44 y los autores que cita en nota 78.

⁹⁵ Tras la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el cauce previsto es un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la fijación del plazo de cumplimiento de las obligaciones de los artículos 96 y 97 LEC, que continuará por las normas del juicio verbal cuando entre los interesados se suscite controversia u oposición sobre la oportunidad del *dies* debatido.

«El primero puede formularse diciendo que el acreedor o el adquirente bajo condición no puede tomar medida alguna que implique ejecución de su derecho pleno, que todavía no existe. El segundo de los criterios puede expresarse diciendo que el acreedor o adquirente puede llevar a cabo cualquier acción tendente a constatar su derecho, a conservarlo y a prevenir una conducta de la contraparte que pudiese ocasionar la pérdida, disminución o destrucción de su derecho»⁹⁶.

Durante esta situación jurídica ocasionalmente protegida por el legislador el artículo 1121.I CC permite al acreedor o adquirente *sub conditione* «antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho». Esta última mención no es obstáculo para reconocer la viabilidad de la acción pauliana, porque «la reacción frente al fraude justifica plenamente una acción inmediata con puros efectos conservativos»⁹⁷; pero sí lo es –sostiene la doctrina mayoritaria– para el ejercicio de la subrogatoria⁹⁸ por las dificultades para superar la dicción del artículo 1111 CC, que –recordemos– exige la previa persecución de bienes para «realizar *cuanto se les debe*» y consiente el ejercicio de los derechos del deudor «*con el mismo fin*».

§. Frente a esta postura, una parte minoritaria de la doctrina aboga por permitir el mecanismo subrogatorio a los acreedores condicionales e insiste en su carácter conservativo, prescinde del presupuesto de la previa excusión de bienes y aduce que precisamente *conditione pendente* es cuando «cobra pleno acomodo y justificación la puesta en acción del susodicho remedio» (CRISTÓBAL MONTES): «si alguien necesita poder interferir en la esfera jurídica de su deudor, cubriendo sus omisiones, vigilando sus actos y atendiendo al estado de su solvencia patrimonial, es precisamente aquel acreedor que por tener su derecho sometido a una condición suspensiva todavía no cumplida (...) corre mayor peligro y soporta mayor incertidumbre»⁹⁹.

Razones, pues, existen para proporcionar medidas adecuadas de tutela a este tipo de acreedores. De hecho, alguna encontramos sin salir del Derecho civil, como el artículo 1467 CC, que libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa vendida (de la que depende, conforme a la teoría del título y el modo, la adquisición de la propiedad por parte del comprador en nuestro ordenamiento), «*si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio*»¹⁰⁰. Otra

⁹⁶ V. L. MONTES PENADÉS, “Artículo 1121”, *loc. cit.*.

⁹⁷ L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. II, *cit.*, pp. 355 y 742. En el mismo sentido, G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, p. 166.

⁹⁸ *Cfr.* En el mismo sentido, A. GULLÓN BALLESTEROS, “La acción subrogatoria”, *loc. cit.*, p. 112; L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. II, *cit.*, p. 355; M. ALBADALEJO, “Artículo 1111”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales...*, t. XV, vol. 1º, *cit.*, pp. 961-962; V. L. MONTES PENADÉS, “Artículo 1121”, *loc. cit.*.

⁹⁹ Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, p. 126. Este autor reconoce ir más allá de lo que LACRUZ BERDEJO había admitido con limitación a los casos en que el crédito se halle en riesgo de ser impago; a su juicio, debe admitirse «en todo supuesto» (p. 127).

¹⁰⁰ El artículo continúa haciendo la salvedad de que «*el comprador afiance pagar en el plazo convenido*».

cosa es que lo sea forma indiscriminada y *tou court* la acción subrogatoria a la que se refiere el artículo 1111 CC y dentro de los términos en que este precepto lo autoriza, encaminados a remediar situaciones de insolvencia, porque, de nuevo, aquí se plantea el posible uso del 1111 CC como “mal menor” para corregir disfunciones e indefiniciones de la posición jurídica en la que se encuentra el pretendido acreedor o –sustituto “procesal”– en el ámbito material.

§. Nos encontramos, de nuevo, ante la equívoca función conservativa de la acción subrogatoria y de sus posibles “usos alternativos”, que aquí conduce a realizar algunas consideraciones (ocasionalmente aplicables también a los acreedores a término) que nos limitamos a exponer:

Primera.- El problema que plantean las obligaciones condicionales en la figura que examinamos no es tanto que exija prescindir *contra legem* del requisito de la excusión de bienes, sino, antes y sobre todo, que el crédito *sub conditione* no despliega su eficacia y el cumplimiento de la prestación no le es exigible a los deudores en términos actuales.

Aunque el vínculo obligacional existe, de momento –y acaso indefinidamente, mientras no se deba tener por extinguido– el acreedor *sub conditione* es titular de un interés legítimo ocasional, pero todavía no el titular del derecho subjetivo hasta se cumpla el evento incierto que constituye la condición y pase a ostentar la cualidad de acreedor de una prestación exigible (artículo 1114 CC), con efectos que no son ilimitadamente retroactivos¹⁰¹.

Segunda.- Por razón de la existencia de la relación condicional, el acreedor o adquirente *sub conditione* tiene la expectativa legítima a que, verificada la condición, el deudor cumplirá sin que en el ínterin haya realizado actos que imposibiliten el cumplimiento; aunque esta situación también admite la lectura contraria, especialmente en el caso de relaciones netamente crediticias de carácter dinerario: la de que, precisamente por haber condicionado las partes la relación jurídica al acaecimiento de un evento incierto, el deudor o transmitente

¹⁰¹ Los efectos retroactivos –y aun limitadamente– de la purificación de la obligación condicionada se circunscriben a las obligaciones condicionales de dar (*vid.* los comentarios de V. L. MONTES PENADÉS a los artículos 1120, 1122 y 1123 CC, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales...*, t. XV, vol. 1º, *cit.*). Los artículos 1120, 1122 y 1123 CC enuncian los efectos generales de la retroactividad de la purificación de la obligación, que no se retrotraen ilimitadamente al momento de su constitución, aunque así lo pueden disponer normas particulares. Las generales, además de otros efectos de carácter liquidatorio, señalan los siguientes:

1º) En el caso de las obligaciones de hacer, los que establezcan los tribunales al determinar el efecto retroactivo de la condición cumplida, según dispone el artículo 1120.II CC; lo que presupone la existencia de una controversia entre las partes, puesto que no existe otro modo de determinarlos judicialmente.

2º) En el caso de las obligaciones de dar, se han de tener en cuenta las reglas generales del artículo 1122 CC, sobre pérdida, mejoramiento y deterioro de la cosa en el ínterin; esto es, hoy por hoy: 1º) o la extinción de la obligación en el supuesto de pérdida sin culpa del deudor (regla 1ª), determinante del *commodum representationis* del artículo 1186 CC ya mencionado, o el resarcimiento de los daños y perjuicios si la pérdida es imputable al deudor (regla 2ª), aunque esto último puede estar modulado por la aplicación de otras normas (p. ej., las relativas a la evicción en el contrato de compraventa)

sub conditione no se encuentra plenamente obligado de presente a la adopción del comportamiento que consiga o haga posible la satisfacción de futuro del interés económico del acreedor. Resulta imposible resolver desde el plano teórico cuál de las dos lecturas debe prevalecer sin atender a las circunstancias concretas de cada relación condicional.

Tercera.- Cabe asimilar, como antes se apuntó, que el artículo 1119 CC permite tener por cumplida la obligación cuando el deudor deja de recabar la tutela jurídica que frente sus deudores y otros sujetos precisa para cumplir, por lo menos en los casos en los que el acreedor lo sea de cantidad dineraria y mientras sea cierta la premisa de la que se parte: que la insuficiencia patrimonial del deudor es una imposibilidad transitoria del cumplimiento, pero no una causa de extinción de la obligación dineraria (al menos, cuando no hay garantías reales de por medio).

Si se pudiera entender que la falta de ejercicio de las acciones correspondientes por parte del deudor *sub conditione* constituye un comportamiento voluntario impeditivo del cumplimiento de la condición, el problema dejaría de existir por el efecto *ex lege* de tener «por cumplida» la condición» en estos supuestos que impone el artículo 1119 CC¹⁰². Sin embargo, la hipótesis dejaría de plantear el problema que realmente nos ocupa: si *conditione pendente* cabe admitir al acreedor el ejercicio de la subrogatoria del artículo 1111 CC de forma indiscriminada.

Cuarta.- Por la incertidumbre que acompaña a la obligación condicional, en el plano extraprocesal se admite que el acreedor *sub conditione* pueda realizar durante la fase de pendencia ciertos actos jurídicos de naturaleza clara e indudablemente conservativa, dirigidos a neutralizar los efectos de otros que

¹⁰² La interpretación más flexible de este artículo 1119 CC, que tiene «por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento», relaciona el comportamiento omisivo del deudor con la existencia de «un deber de prestar colaboración o cooperación en la realización del evento previsto como condición», que puede ser expreso o tácito, inferido de la relación jurídica condicional (V. L. MONTES PENADÉS, “Artículo 1119”, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales..., t. XV, vol. 1º, cit., p. 1091). Ahora, si el cumplimiento de la condición depende de que el deudor *sub conditione* ejercite sus acciones en vía judicial y no lo hace, no se ven obstáculos para entender que está impidiendo el cumplimiento de la condición y que, si ha mediado un requerimiento del acreedor y permanece instalado en la inacción, presenta la nota de voluntariedad. Posiblemente tampoco sea nula la cláusula que ponga como condición suspensiva de la exigibilidad del crédito el hecho de que el deudor recupere en vía judicial cierto pasivo exigible. En mi opinión, la obligación no debe reputarse nula ex artículo 1115 CC por la razón de que la vigencia del principio dispositivo haga depender de la voluntad del sujeto interesado el inicio del proceso civil, ni porque constriña irrazonablemente el derecho del deudor a instar de los tribunales la tutela jurídica de sus derechos. Tampoco sería nula si circunscribimos a las obligaciones no sinalagmáticas el campo de aplicación de las condiciones llamadas meramente *potestativas* de las que generan la nulidad ex artículo 1115 CC por hacer depender el cumplimiento de la exclusiva voluntad del deudor (*vid.* L. Díez-Picazo Ponce de León, *Fundamentos...*, cit., p. 352). Pero, aun en el caso de que así fuera, el deudor o el acreedor *sub conditione* podría intentar las acciones de nulidad, en acumulación eventual con las de cumplimiento o subsidiaria resolución de la relación jurídica condicional, en sí misma dudosa. Dependerá, en definitiva, del tenor de la condición y de la interpretación de la relación jurídica condicional.

imposibiliten el cumplimiento. Así, p. ej., expresamente se admite que pueda interrumpir la prescripción extintiva¹⁰³. Ahora bien, el artículo 1937 CC ya permite a los «acreedores, y [a] cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción (...) utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario», sin necesidad de recurrir al artículo 1111 CC. Decae en este supuesto la imagen de que para lograr ese efecto el acreedor “ejercita” la facultad de interrumpir la prescripción que atañe a su deudor y ocupando su lugar.

Quinta.- El verdadero meollo de la cuestión es que cualquier tipo de tutela *autónoma* que se reconozca a las partes *sub conditione* en vía contenciosa debe compatibilizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional de forma irrevocable con la situación de incertidumbre en que se encuentra la relación jurídica *conditione pendente* y con el carácter interino de la posición jurídica de los sujetos concernidos.

En el plano teórico, el equilibrio entre esos términos se mantiene cuando nos hallamos en el ámbito de la tutela merodeclarativa y dentro de las coordenadas que exige esta clase de tutela¹⁰⁴: la de poner fin y dotar de certeza jurídica a la controversia surgida entre las partes sobre la existencia o inexistencia de una situación que impide la realización de los intereses tutelados por el ordenamiento. Pero todo son problemas para adelantar por vía interpretativa y a prevención de la tutela indirecta de un derecho todavía no exigible y de exigibilidad incierta, la realización –al amparo del artículo 1111 CC– de los derechos de quien, en el otro extremo, todavía no está obligado a realizar una prestación y del que no se sabe si llegará a estarlo alguna vez, haciendo oponible esta situación interina a un tercero.

Sexta.- Si el punto de atención se centra en el deudor *sub conditione pendente*, la cuestión es esta otra pregunta más clarificadora: ¿ampara el artículo 1111 CC que el deudor *sub condicione*, que todavía no es un sujeto obligado aunque haya comprometido su responsabilidad por anticipado, deba padecer la intromisión que supone en su esfera jurídica el ejercicio de la acción subrogatoria durante la pendencia de la obligación condicional de manos de quien se encuentra en una posición jurídica interina, pero que no es aún titular

¹⁰³ Así, J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ Sobre esta clase de tutela, vid. M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa...*, cit., espec. pp. 193 y ss. En este contexto, cabría imaginar que el acreedor *sub conditione* tenga necesidad jurídica de servirse de esta clase de tutela frente a quienes, por determinados hechos, desconozcan o nieguen la existencia y validez de la relación condicional del acreedor frustrando sus legítimas expectativas. Será cuestión de fondo juzgar si *secundum legem* el acreedor condicional se encuentra en la situación de ser merecedor de la concreta tutela que pide e indisolublemente de serlo frente a quien dirige su demanda por haber cuestionado o amenazado su posición jurídica interina. Nada de esto, en cualquier caso, lo hace el acreedor *sub condicione* por y en virtud del artículo 1111 CC ni merced a una legitimación por sustitución, sino porque el artículo 24.1 CE impone el deber de tutelar los derechos e intereses legítimos. Es cuestión de encontrar el *quantum* y el *quomodo* de esa tutela. Pero con mayor motivo –tal vez– que al acreedor *sub conditione* se puede predicar lo mismo del deudor *sub conditione*, si y en la medida en que de presente no le es exigible la obligación ni resulta previsible por sus actos que tenga la indisposición de cumplir.

de un derecho subjetivo? La respuesta afirmativa supone –en mi opinión– llevar demasiado lejos el artículo 1111 CC por vía interpretativa, sin intervención legislativa que valore la derogación del principio dispositivo en la tutela de los derechos propios, que pondere el grado de injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo, que distinga –incluso– qué prerrogativas jurídicas sería admisible entregar al acreedor y que, en definitiva, resuelva prescindir por completo de la instrumentalidad de la acción subrogatoria respecto de un proceso de tutela del crédito del acreedor.

En este punto, resulta esclarecedora la decisión del legislador de negar a los acreedores la legitimación para instar el procedimiento de división de herencia y de circunscribir a aquellos dotados de título ejecutivo la oposición a las operaciones divisorias, plasmada en los aptdos. 3 y 4 del artículo 784 LEC. Si esto es así respecto de la prerrogativa de dividir la herencia, ¿por qué habría de permitir el artículo 1111 CC a los acreedores condicionales lo que el artículo 784 LEC veda a los acreedores que no están sometidos a condición? No hay motivo que lo justifique en este supuesto. El interrogante es si lo habría en algún otro que implique el ejercicio de la potestad jurisdiccional con carácter irrevocable.

Séptima.- En el ámbito procesal y de nuevo sin que sea preciso el artículo 1111 CC, como se expone más adelante¹⁰⁵, cabe reconocer ocasionalmente a los acreedores una intervención procesal de tipo adhesivo simple, basada en un interés legítimo circunstancialmente suficiente, para intervenir en el proceso de declaración de contenido patrimonial en el que sea parte su deudor o en el que se esté discutiendo algún derecho relativo al bien al que se refiera su relación condicionada.

La admisibilidad de esta intervención procesal no excede de los límites de la «conservación de su derecho» en que el artículo 1121.I CC cifra la tutela a esta clase de acreedores o adquirentes *sub conditione*, aunque esta cuestión será la que tenga que valorar el tribunal para admitir la solicitud de intervención que debe presentar el tercero. Acaso lo que sí puede cuestionarse que este tipo de acreedor pueda continuar el proceso en solitario, pero esto será cuestión a decidir ya en la sentencia que ponga fin a la instancia o fase en cuestión del proceso. Puesto que lo que se discute son las fuerzas de su propia posición jurídica y de su interés legítimo en obtener por sí la tutela favorable del tribunal (con la eficacia subjetiva que tenga) y, durante la fase de los recursos, la conformidad a Derecho de la sentencia impugnada, incluida la ponderación de la lesión o perjuicio a perjuicio de los terceros, nos inclinamos porque este examen se realice en la sentencia y sólo si *prima facie* al juez le resulta verosímil que el cumplimiento de la condición hace perder al tercero de *todo su interés jurídico* en obtener el pronunciamiento en solitario, cabrá poner fin a la instancia mediante el incidente de del artículo 22 LEC: en este caso el tribunal –el juez– tendrá que modular el modo en que la resolución definitiva tenga que

¹⁰⁵ Sobre la posición del acreedor y su legitimación para intervenir, *vid. infra* aptdo. 5.4. ¿Ejercicio subrogado de las «excepciones» del deudor intermedio? La intervención procesal adhesiva simple de los acreedores de las partes, pp. 393 y ss.

dar por concluido el proceso merced a los abandonos sobrevenidos sucesivamente de las partes originarias y del interviniente. Ante la duda, entendemos que lo procedente jurídicamente no es acudir a este incidente que, todo lo más devuelve –sí– una resolución motivada, pero que –todo lo más– será un *auto*, y no una sentencia.

Octava.- Habrá, desde luego, quien por la propia historicidad de la acción subrogatoria, también esto lo cuestione. No albergo duda sobre esto; pero es preciso diferenciar las instancias o fases del proceso. Porque así como en la primera instancia los justiciables acceden «ejerciendo sus derechos», que son absolutamente propios (los que sean, pero son propios), en las sucesivas instancias –las que sean– la clave ya no es sólo el «ejercicio de esos derechos», sino que se superpone la conformidad a Derecho de la sentencia recurrida, que impone a los justiciables exponer con claridad la infracción jurídica que se imputa a la sentencia, bien aplicación bien por inaplicación indebida. Por eso y ante la duda, niéguese la terminación sobrevenida del proceso de forma incidental por el cauce del artículo 22 LEC y resuélvase en sentencia la subsistencia del interés jurídico del tercero, en la justa medida del derecho o interés que le corresponde a él y sólo a él a obtener la resolución definitiva de fondo que procesa *secundum legem*.

Novena.- Tampoco se ven obstáculos para reconocer eventualmente al acreedor o al adquirente *sub conditione* de una de las partes poder instar del tribunal las actuaciones de ejecución *impropia* de los pronunciamientos firmes de carácter merodeclarativo y constitutivo dictados en procesos de su deudor, si alega y acredita el «interés directo y legítimo» que pide el artículo 522.2 LEC¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Como es sabido [vid. por todos, sobre las clases de ejecución, J. VEGAS TORRES, *Curso de derecho procesal civil II: Parte especial* (con A. DE LA OLIVA SANTOS), Madrid, 2012, pp. _____; y M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, op. cit., pp. 569 y ss.], la tutela jurisdiccional que dispensan los tribunales a través de los procesos de declaración y de ejecución no se agota en todos los casos ni con el dictado de la sentencia, ni con la ejecución propia de los eventuales pronunciamientos de condena. Junto a la ejecución *propia*, en la que el tribunal ejerce su potestad de transformar la realidad material para adecuarla a lo ordenado en la sentencia de condena cuando el condenado no se aviene a cumplir voluntariamente, la efectividad de la tutela también comprende otro tipo de actividad ulterior y de carácter complementario al dictado de sentencias merodeclarativas y constitutivas, denominada equívocamente ejecución *impropia*, pese a que no autorizan a despachar ejecución, ni su efectividad depende de actuaciones de carácter coactivo transformadoras de la realidad. Se trata de actuaciones judiciales que suelen consistir en disponer la práctica de asientos en registros públicos y actividades similares destinadas a reforzar su efectividad práctica, haciendo posible el estado o situación jurídicos declarados o establecidos en la sentencia. Los artículos 521 y 522 LEC se refieren a ellas y, en lo que importa ahora, pueden ser interesadas no sólo por las partes del proceso antecedente, sino también por quienes «acrediten interés directo y legítimo» (artículo 522.2 LEC). Aunque esta disposición se incluye en el precepto dedicado a las «actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan», la mejor doctrina aboga por extenderlo analógicamente a las sentencias declarativas y por interpretar *ad casum* la presencia del interés directo y legítimo del posible interesado en la práctica de esas actuaciones complementarias (vid., M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa...*, cit., pp. 570-572 y 578, espec. nota 176).

En cierta medida, se puede considerar una exigencia –relativa– acceder a ello, aun cuando el crédito del acreedor no esté vencido ni sea líquido o su derecho no sea exigible, con un doble fundamento, el histórico y el actual. Desde el primero, porque es la consecuencia a la que conduce la desvinculación de la acción subrogatoria del proceso de ejecución en el siglo XIX, que así, en parte, se desanda. Desde el segundo, porque la tutela del interés legítimo prefiere hoy relajar el concepto de “interés directo” para permitir –hipotéticamente– a un acreedor condicional o a término el beneficio jurídico-material indirecto que pueda seguirse para él de la inscripción de sentencias *firmes* declarativas y constitutivas, a abocarle, sólo por esta negativa, acudir a un tortuoso proceso declarativo. Ahora bien, es decisivo que la sentencia se haya dictado en un proceso –declarativo o constitutivo– plenario y que la sentencia sea ya firme, que es el tipo de sentencias que, a fin de cuentas, permiten esta clase de inscripciones registrales definitivas y las actuaciones jurídicas de carácter complementario.

Décima.- Mención especial merece, sin salir de la perspectiva procesal, los ejemplos que suministra la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de adquirentes *sub conditione* y acreedores a término, merced a la publicidad y a la oponibilidad que el Registro de Bienes Muebles brinda sobre la existencia de operaciones de compraventa y de financiación con reservas de dominio y prohibiciones de disponer. Estos supuestos muestran la pluralidad de soluciones técnico–procesales que cabe dispensar a través de las tercerías en el seno del proceso de ejecución, sin necesidad de recurrir al artificio del “ejercicio del derecho ajeno” como todavía se hace en el caso del acreedor pignoraticio mobiliario. Y muestran, de nuevo, las interferencias entre el Derecho procesal y el Derecho sustantivo que explican, en fin, que la sustitución procesal se resuelve en su historia.

Los problemas de la sustitución procesal radican, pura y simplemente, en la ilusión de que el deudor intermedio o sujeto sustituido está “física y jurídicamente representado” por su acreedor, pero esta ilusión no es racionalmente posible de acuerdo con las exigencias del principio jurídico–procesal de audiencia que el Derecho procesal tiene la misión de defender y que todas las corrientes doctrinales defenderán con toda seguridad. Por mi parte, también sostengo –y defenderé hasta el final– que la ilusión es la de creer que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria en sustitución del deudor intermedio lo sustituye hasta el punto de poder despojarle de sus derechos de audiencia y de defensa, aunque, a regadientes, admitiré ese “ejercicio de los derechos de otro” si no padecen las exigencias de la justicia.

Undécima.- Para admitir el ejercicio del derecho ajeno en el caso del acreedor pignoraticio cuyo crédito no esté vencido, basta con advertir, de un lado, que el derecho de prenda es oponible si consta su fecha por instrumento público (artículo 1865 CC) y, de otro lado, que la posesión de la cosa en la prenda mobiliaria equivale no ya al título (artículos 464 y 1863 CC), sino también a la publicidad registral de los derechos reales mobiliarios que se introdujo en España, por primera vez, con la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 1954, que siguió el modelo implícito en la mobiliaria, esto es: que así como no pueden dos acreedores tener al mismo

tiempo la posesión de la cosa, no es posible constituir sucesivos derechos crediticios sobre el mismo derecho inmaterial.

La doctrina ha criticado la rigidez de este sistema, incompatible con la rapidez y agilidad del tráfico de los bienes y servicios actualmente; de ahí que las necesidades del tráfico jurídico-económico haya tenido que encontrar la alternativa del contrato de *leasing* y de financiación de venta a plazos de bienes muebles, cuya posición jurídica se ha robustecido con los años. Los últimos hitos son dos y están representados por inscribibilidad de las cláusulas de reserva de dominio y prohibiciones de disponer y la publicidad registral que trajo consigo el artículo 15 de la LVPBM de 1998; y, más recientemente, por las modificaciones de la LC.

Hoy no se duda de que el adquirente del bien (que es un adquirente *sub conditione* de la propiedad del bien hasta que no pague la última cuota de la operación de financiación) puede interponer una demanda de tercería de dominio si el bien resultara embargado en un proceso de ejecución ajeno como erróneamente perteneciente al ejecutado¹⁰⁷. El aptdo. 2 del artículo 595 LEC abre la legitimación para interponer la tercería de dominio, además de a quienes afirmen haber adquirido la propiedad, a los «*titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado*». En esta situación se encuentran, por la publicidad y oponibilidad de los derechos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, los adquirentes que nos ocupan, aun cuando todavía no sean propietarios, y, por el mismo motivo de la publicidad registral, operan los mecanismo de la llamada tercería registral, que obliga a alzar el embargo erróneo *ex* artículo 15.3 LVPBM¹⁰⁸.

La posición de los vendedores y arrendadores financieros es distinta, incluso aunque tengan sus derechos inscritos a su favor, por la discusión que ha suscitado sobre la naturaleza de la cláusula de reserva de dominio, con la teoría dominical y la teoría de garantía¹⁰⁹. Se acierta a entender lo que quiere decir

¹⁰⁷ Así, por todas, la SAP León (Secc 2ª) de 20 de octubre de 2004 (rec. 353/2004).

¹⁰⁸ Dispone este aptdo 3 del artículo 15 lo siguiente: «En caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiese dirigido contra ella la acción en concepto de heredera de quien aparezca como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspenda el procedimiento.

El que remate bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el Registro en los términos de esta Ley los adquirirá con subsistencia de la obligación de pago garantizada con dicha prohibición, de la que responderá solidariamente con el primitivo deudor hasta su vencimiento».

¹⁰⁹ *Vid.*, por todos, M. J. MARÍN LÓPEZ, “Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de la tercería de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía (*fiducia cum creditore*)”, en

cada una con sus propios nombres, pero para llegar hasta aquí se ha de poner en evidencia que la acción subrogatoria encuentra su sentido al servicio del embargo de créditos dinerarios y cómo los propios créditos pueden ser objeto de garantía.

En cuanto a los acreedores pignoratícios cuyo crédito principal no se encuentre vencido, vale lo dicho, para basar la demanda de tercería de dominio, los artículos 1863, 464 y 1863 CC, en cuyo seno habrá de acreditarse la fecha de constitución de la garantía, así como la de posesión de la cosa –ya inmediata o ya mediata, a través de tercero de común acuerdo entre las partes.

3º) Acreedores sometidos a condición resolutoria

§. Por último, si la condición a la que está sometido el derecho del acreedor es de carácter resolutorio y no suspensivo, cabe el ejercicio de la acción subrogatoria durante la fase de pendencia de la condición; el crédito es exigible y el acreedor ostenta esta cualidad mientras no se verifique la condición resolutoria, «sin perjuicio de los efectos de la resolución» (artículo 1113. pfo. 2 CC).

Trasladada esta salvedad al ámbito del proceso civil de declaración, el cumplimiento de la condición *lite pendente* de la que depende la cualidad de acreedor del demandante supone un hecho nuevo que determina la desaparición sobrevenida del interés, regulado en el artículo 22 LEC¹¹⁰.

El cumplimiento de la condición y, con ella, la resolución del derecho del acreedor supone la desaparición sobrevenida de un hecho constitutivo de la demanda que puede ser alegado a instancia de parte y también de oficio¹¹¹.

La peculiaridad de su tratamiento procesal radica, en primer término, en que su alegación y su discusión se efectúan a título incidental por el cauce especial previsto en el artículo 22 LEC, como causa de terminación de anticipada del proceso antes del dictado de sentencia firme¹¹², incluida la fase de recursos¹¹³;

Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2006, núm. 70, § 1878, pp. 427 a 455 [v.e. disponible en https://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_art_25.pdf]; y M. PINO ABAD, “La cláusula de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: ilbro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, pp. 1720-1739 [v.e. de la obra completa disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20763>].

¹¹⁰ Para el estudio de esta cuestión, remitimos a F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003, a quien seguimos en la exposición.

¹¹¹ Así, A. DE LA OLIVA SANTOS, “Artículo 22”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao), Madrid, 2000, p. 124; y F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso...*, cit., pp. 200-203.

¹¹² Así, F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso...*, cit., pp. 82-85 y 91-94.

¹¹³ *Vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso...*, cit., pp. 257 y ss. 256, donde desarrolla la idea de que «nada hay en la esencia de las cosas que permita otorgar diversa eficacia a un mismo hecho respecto de un mismo proceso en función del momento en que se produzca esa supravención. Es cuestión de «atender a la incidencia de los hechos

y, en segundo término, en que los efectos de su apreciación son siempre los mismos durante la litispendencia, señalados por GASCÓN INCHAUSTI: la terminación anticipada del proceso con obligación del juez de pronunciarse acerca de la «incidencia de los hechos sobrevenidos sobre lo que, en el momento de su producción, constituya el objeto del proceso»¹¹⁴.

4.1.3. Acción subrogatoria y situaciones concursales. Remisión

§. La última cuestión que procede plantearse en relación con el crédito frente al deudor intermedio es si se ve afectada por la circunstancia de que él mismo o el *debitor debitoris* sean declarados en concurso. La respuesta es afirmativa, pero sobre esto volveremos más adelante, por dos motivos: de un lado, porque el intrincado carácter de las relaciones entre concurso y acción subrogatoria se entiende mejor después de haber analizado la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC; y de otro lado, porque, como veremos al examinar el concurso, la declaración de concurso altera el régimen de las facultades ordinarias de administración y disposición patrimoniales no sólo del *deudor concursado*, sino también de los *acreedores singulares*, al tiempo que supone la subjetivización procesal de un nuevo ente, la *masa concursal*, en cuyo favor surgen específicas acciones concursales dotadas de un régimen jurídico propio que, bien mirado, obedece a una trasposición al ámbito de la insolvencia colectiva de los remedios frente a la insuficiencia patrimonial individual del artículo 1111 CC, aunque las relaciones entre una y otra no terminen de estar bien imbricadas.

§. Entre la genérica “acción” subrogatoria del artículo 1111 CC y la acción subrogatoria concursal y las legitimaciones subsidiarias que el artículo 54. LC confieren, bajo determinadas circunstancias, a acreedores concursales y a la administración concursal existe identidad de razón. La distancia que hay entre la una y las otras es la que media entre la insuficiencia patrimonial en casos singulares y la insolvencia en situaciones concursales¹¹⁵. Por eso han sido también denominadas por la doctrina mercantilista como *acciones subrogatorias concursales*, en atención a que constituyen plasmaciones concretas de la genérica acción subrogatoria singular del artículo 1111 CC dotadas de un régimen jurídico propio¹¹⁶. Por nuestra parte, las diferencias e

sobrevenidos sobre lo que, en el momento de su producción, constituya el objeto del proceso» (p. 260). La lectura de este “objeto” la reservo para quien, con amplios conocimientos del Derecho sustantivo, lea estas páginas.

¹¹⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso...*, cit., p. 260.

¹¹⁵ La relación entre acción subrogatoria y privación de las facultades de disposición del deudor declarado en concurso la vio ya GÓMEZ ORBANEJA, quien advirtió que una de las diferencias entre la subrogatoria y la legitimación de los síndicos es que en la primera no se excluye la legitimación del deudor (GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 142).

¹¹⁶ Así, M. J. MARÍN LÓPEZ [“Artículo 54. Ejercicio de las acciones del concursado”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. Bercovitz, Madrid, 2004, pp. 578-579 [v.e. disponible en separata en https://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_cap_4_art54.pdf], que también considera que el artículo 54 LC es «la plasmación de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC en el ámbito del concurso del deudor», con ciertas diferencias de régimen jurídico.

régimen jurídico nos inclinan a distinguir, de un lado, las dos siguientes situaciones:

Primera.- La acción subrogatoria del aptdo. 2 del artículo 54 LEC, prevista para los supuestos en los que sólo se *intervienen* –no se suspenden– las facultades de administración y disposición del deudor concursado, lo que acontece en el supuesto de concurso voluntario del deudor. Las especialidades de esta acción subrogatoria concursal que exclusivamente puede deducir la administración concursal son, en apretado resumen, las siguientes:

1^a) No es precisa, en ningún caso, la previa excusión de bienes, puesto que la declaración de concurso voluntario presupone la existencia de una situación de insolvencia patrimonial del deudor¹¹⁷.

2^a) El concursado conserva, limitada, su capacidad de obrar y su legitimación para ejercitar acciones de carácter patrimonial, supeditadas a cominuar y obtener de la administración concursal autorización o «conformidad *«para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir»*. Sin embargo, la administración concursal puede, todavía, valorar como *«conveniente a los intereses del concurso»* el ejercicio, por el deudor, de sus derechos patrimoniales y requerirle para hacerlo.

3^a) Si el deudor concursado se opone a proceder por sí ante el requerimiento de la administración concursal y ésta persiste en valorar como conveniente a la masa el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, la administración concursal ha de recabar del tribunal del concurso *autorización* para deducir los derechos que competan al concursado frente al tercero.

4^a) Por lo demás, no parece que quepa en este supuesto, por no haberlo previsto el aptdo. 2 del artículo 54 LEC y ser consecuente con la menor intensidad que la mera intervención supone en la esfera patrimonial del deudor y la atribución al órgano concursal de la iniciativa subsidiaria de la acción subrogatoria concursal en este supuesto, que los acreedores singulares puedan suplir o estimular esa iniciativa mediante, a su vez, otro requerimiento y una legitimación subsidiaria para deducir los derechos patrimoniales del concursado. Lo que pueden hacer los acreedores en estos supuestos –se entiende, si concurren los presupuestos legales, será interesar del Juzgado de lo Mercantil o un cambio en el régimen de intervención y suspensión de facultades patrimoniales del concursado o la depuración de la responsabilidad en que pueda haber incurrido la administración concursal en la gestión y administración de la masa activa.

Segunda.- El aptdo. 4 del artículo 54 LEC disciplina un supuesto de legitimación subsidiaria en favor de cada uno de los acreedores singulares que quedan *ex lege* integrados en la masa pasiva del concurso, dirigida a “compensar” –aunque la ley no lo exprese– la privación que la declaración necesaria de concurso o la apertura de la fase de liquidación conlleva sobre

¹¹⁷ En el mismo sentido, M. J. MARÍN LÓPEZ [“Artículo 54. Ejercicio de las acciones del concursado”, *loc. cit.*].

todas y cada una de las acciones subrogatorias del artículo 1111 CC que corresponderían a los acreedores singulares. Se trata, por tanto, de un mecanismo subsidiario de legitimación previsto para el supuesto de suspensión de facultades de administración y disposición del deudor, que presenta como singularidades (artículo 54.4 LC):

1ª) Tampoco es necesaria, por los mismos motivos que en el supuesto anterior, la previa excusión de bienes del deudor concursado.

2ª) El acreedor singular que se proponga deducir los derechos del concursado de carácter patrimonial e ha de instar por escrito –fáctica y jurídicamente sustanciada– a la administración concursal –que sustituye al deudor en el ejercicio de las facultades dispositivas y de administración– el ejercicio de tales acciones para que proceda a hacerlo en los dos meses siguientes. Previsión del todo lógica con, de un lado, la función de la administración concursal como representante del concursado y de los acreedores organizados concursalmente, y, de otro lado, con el carácter subsidiario de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC.

3º) La ley se encarga de señalar que los acreedores singulares que lleguen a activar así la acción subrogatoria la ejercitan en beneficio de la masa activa, aunque a su propia costa; sólo si la demanda –que se ha notificar a la administración concursal *ex* artículo 54.4.III LC– es total o parcialmente exitosa se reembolsará al acreedor, una vez firme la sentencia, «*los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia*» (artículo 54.4.II LC).

4.2. LA PREVIA EXCUSIÓN DE BIENES DEL DEUDOR INTERMEDIO

4.2.1. La *ratio iuris* del requisito de excusión de bienes y su flexibilización jurisprudencial

§. Lo menos problemático que plantea el requisito del artículo 1111 CC consistente en «haber perseguido [antes] los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe», es que expresa el carácter *subsidiario* del mecanismo subrogatorio, al tiempo que sirve para preservar su función de tutelar la garantía patrimonial del deudor en caso de *insuficiencia* para hacer frente al pago de acreedores singulares¹¹⁸.

Por falta de este requisito la [STS \(Sala 1ª\) de 12 de marzo de 1984 \(ROJ 67/1984\)](#) desestimó, en rebeldía de todos los demandados, la acción subrogatoria que ejercitó un acreedor provisto de título ejecutivo por no haberse respetado la subsidiariedad de este remedio. La decisión puede resultar desproporcionada, pero, si se observa el caso examinado el *quid* de la cuestión es el acreedor estaba dotado de título ejecutivo.

El demandante que ejercitó la acción subrogatoria de ese proceso había instado frente al fiador de un crédito hipotecario un previo proceso ejecutivo que abandonó en cuanto resultaron frustradas las notificaciones a los

¹¹⁸ Cfr. por todos, J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., p. 52 y los autores citados en su nota 112.

ejecutados. Aunque con la antigua LEC hubiera bastado –artículo 1444 LEC– con haber solicitado que se procediera al embargo ejecutivo de los bienes del ejecutado en ignorado paradero, el ejecutante abandonó el proceso para acudir, sin más, al mecanismo subrogatorio y ejercer los derechos del deudor frente a tercero, que eran adquirentes de los bienes del deudor en virtud de contrato claramente rescindible por lesión, que hubiera podido también fundar una acción pauliana.

§. En la acción subrogatoria italiana basta en principio –de acuerdo con el artículo 2900 *cc*– con que el deudor «descuide» el ejercicio de sus derechos, ya por una total omisión o *inerzia*, ya porque no despliegue toda la diligencia necesaria en la defensa de sus derechos, sin importar que su comportamiento sea –o no– voluntario o culposo¹¹⁹; pero no sólo se exige este requisito: puesto que la acción subrogatoria se concibe allí como un mecanismo conservativo dirigido a ser actuado en proceso declarativo independiente, es preciso adicionalmente que el acreedor justifique un *interés específico*, en términos actuales, para obtener la tutela que tiene por objeto las pretensiones de su deudor frente a tercero y que ha de basarse en el peligro de perder la garantía patrimonial del deudor si éste no las dedujera por sí mismo¹²⁰.

§. La senda trazada por esta interpretación es la que ha seguido, aunque *contra legem*, nuestro Tribunal Supremo, alentado por buena parte de nuestra doctrina¹²¹, en el bienintencionado pero rígido entendimiento de que el exigir previamente un embargo del derecho del deudor que resulte insuficiente para lograr la satisfacción íntegra de su acreedor reduce la acción subrogatoria a una «simple anécdota procesal» (FIGA FAURA¹²²), a «algo meramente marginal (...) para casos límite (...) para cubrir los pocos huecos que puede dejar la ejecución contra el deudor» (POVEDA BERNAL¹²³); o, incluso, «una

¹¹⁹ Así, R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, pp. 8 y 149-156. En nuestra doctrina, CRISTÓBAL MONTES es quien más lejos ha llevado la equiparación, por vía interpretativa, de nuestra acción subrogatoria a la italiana y también ha erigido el interés del acreedor en presupuesto de la acción subrogatoria; interés que el autor hace consistir no en una situación de insolvencia («a menos que se quiera reducir la acción subrogatoria a poco más que simple pieza de museo»), sino en un «temor razonable, sensato, ponderado de que por no ejercitar el deudor los derechos y acciones que le son propios puede acaecer que las fuerzas de su patrimonio no resulten suficientes para satisfacer los créditos» (Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria, cit.*, pp. 139-140).

¹²⁰ *Vid.* A. DE SANCTIS RICCIARDONE, “Surrogatoria (azione)”, *loc. cit.*, pp. 9-10; N. DISTASO, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, p. 283; y S. PATTI, “L’azione surrogatoria”, en *Trattato di Diritto privato*, dir. P. Rescigno, vol. XX, Turín, 1985, pp. 122-123.

¹²¹ Así, por todos, J. L. LACRUZ BERDEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. III, 1950 (julio–septiembre), p. 1108 [v.e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1950_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=4&lang=fr]; A. GULLÓN BALLESTEROS, “La acción subrogatoria”, *loc. cit.*, p. 106; y F. CORDÓN MORENO, F. CORDÓN MORENO, “Aspectos procesales de la acción subrogatoria”, *loc. cit.*, en *Proceso civil de declaración*, Pamplona, 1996, pp. 82-85.

¹²² L. FIGA FAURA, “La acción subrogatoria”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IX, 1957, p. 309.

¹²³ M. I. POVEDA BERNAL, *La legitimación subrogada...*, *cit.* p. 61.

entelequia» (CARRERAS LLANSANA¹²⁴), «una total quimera, un simple *nomen iuris* sin contenido, sentido u objeto alguno» (CRISTÓBAL MONTES¹²⁵), si se interpreta –tal y como mantuvo bien temprano el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de enero de 1913– que al embargo del derecho del deudor debe seguir *necesaria y secuencialmente* la fase de realización de valor sobre el derecho mismo del deudor.

En este impulso de la acción subrogatoria por vía jurisprudencial el Tribunal Supremo ha consolidado como doctrina que la falta de persecución de los bienes no infringe el artículo 1111 CC y que la naturaleza subsidiaria de la acción subrogatoria no es incompatible con que la prueba de la insuficiencia patrimonial se realice en el mismo proceso en que se ejercita, como, por todas, muestra la [STS \(Sala 1ª\) núm. 432/2010, de 29 de julio de 2010 \(rec. 1421/2006\)](#):

«Como tenemos declarado en la sentencia 1135/2007, de 18 de octubre “es doctrina consolidada –Sentencias de 26 de febrero de 2002 y 26 de junio de 2002, que cita las de 16 de mayo de 1995 y 3 de julio de 1979, y las anteriores de 28 de junio de 1912, 23 de junio de 1903, 25 de mayo de 1942 y 26 de abril de 1962–, la que señala que el ejercicio por el acreedor de la acción subrogatoria, no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria”. A mayor abundamiento, la Sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2004, recogiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala –Sentencias de 2 de julio de 1992, 28 de noviembre de 1994 y 31 de octubre de 2002–, recuerda que “no se puede cargar al acreedor con la prueba de que el deudor carece de bienes, y le basta con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los que le eran debidamente conocidos según las circunstancias del caso, lo que supone que ha de contarse con conocimiento preciso y suficiente y no abstracto y genérico”»¹²⁶.

4.2.2. Argumentos favorables a su exigencia *secundum legem*

§. Frente a estas interpretaciones, sin embargo, *de lege lata* resulta difícil deslindar el artículo 1111 CC de un acto de embargo, que es al que hay que referir la infructuosa excusión previa de bienes que requiere el precepto.

Aun a riesgo de defender una posición minoritaria y contraria a la tendencia mantenida por la jurisprudencia, cabe compatibilizar el embargo de los bienes y derechos del deudor con el mecanismo subrogatorio, sin que, por ello, se reste funcionalidad a la acción subrogatoria, de la que siempre cabría diseñar –si se quiere ofrecer este instrumento a los acreedores de créditos condicionales– una versión conservativa. Esta compatibilización no sólo es posible, sino que es –creemos– lo más respetuoso con su naturaleza procesal y con su aplicación

¹²⁴ J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 535.

¹²⁵ Á. CRISTÓBAL MONTES *La vía subrogatoria*, cit., p. 97.

¹²⁶ Las primeras excursiones jurisprudenciales del Tribunal Supremo en este terreno pueden verse en J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., pp. 60-63.

estrictamente territorial, como veremos más adelante¹²⁷, además de respetar la preponderancia del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado.

En este sentido y como ha sostenido RIAÑO BRUN, la compatibilización de la acción subrogatoria con el principio de autonomía de la voluntad «se halla en establecer el grado de sacrificio tolerable que el ejercicio de la acción subrogatoria pueda suponer para el mencionado principio y, en función de ello, la intensidad que habrá de presentar el interés del acreedor para que dicho sacrificio resulte admisible»¹²⁸. Si ubicamos el mecanismo subrogatorio en el proceso de ejecución, el interés del acreedor en la subrogatoria y la necesidad de arbitrar un expediente que permita solventar el carácter litigioso del crédito embargado serán máximos, mientras que alejándolo del proceso de ejecución, como ahora ocurre, sucede exactamente lo contrario e, incluso, produce efectos perniciosos: no sólo disminuye la intensidad del interés del acreedor que no está provisto de un título ejecutivo, sino que al que lo está se le aboca a iniciar un proceso *ex novo* en el que las cargas de alegación y de prueba que pesan sobre él como demandante –artículos 216, 217.2 y 400 LEC– pueden tener efectos devastadores.

A nuestro modo de ver, la fortuna de la tendencia flexibilizadora de la acción subrogatoria debería hoy considerarse superada, propia de un tiempo en el que, de un lado, los procesos civiles de declaración alejaban el horizonte temporal de obtener un título ejecutivo y, de otro lado, la tutela cautelar disponía de un parco desarrollo que la orientaba casi en exclusiva a la ejecución dineraria, que, finalmente, resultaba muy poco satisfactoria en cuanto que la subasta era el medio prácticamente universal de realización de los bienes del deudor.

En la actualidad, la acción subrogatoria puede ponerse al servicio del embargo –también, hipotéticamente, el de carácter preventivo– y articularla como un medio de realización de aquellos embargos que tengan por objeto un derecho *controvertido por el tercer deudor*, anterior a la fase en sí de realización forzosa que se proyectará después en sede de ejecución –provisional o definitiva– sobre el bien reintegrado al patrimonio del deudor. De esta manera es posible cohonestar el carácter subsidiario de este mecanismo (que –no lo olvidemos– justifica una injerencia directa en la esfera patrimonial del deudor), y su finalidad consistente en el acrecentamiento del patrimonio realizable del deudor, y todo ello con parecidas consecuencias que la bienintencionada flexibilidad doctrinal y jurisprudencial que se propone revitalizar la acción subrogatoria, sólo que sin hacer de ella una legitimación extraordinaria que

¹²⁷ Vid. aptdo. 6.4. *Impostación en el Derecho privado (II): la «acción» subrogatoria al servicio del embargo de derechos controvertidos*.

¹²⁸ I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, cit., p. 93, nota 3. Hay que señalar, no obstante, que –contrariamente a lo que aquí se defiende– este autor comparte la tendencia flexibilizadora de la jurisprudencia sobre el requisito de la previa excusión de bienes (*El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, cit., pp. 59-61 y 101-102) y, desde esta premisa, aborda los aspectos procesales –y sólo los procesales– de la acción subrogatoria. Recuerdo que quien escribe esta línea se ha preocupado de la acción subrogatoria en el más amplio concepto de sustitución procesal.

termina convirtiendo a la subrogatoria en una acción informe, de contornos pocos precisos, y cuya legitimación pasiva se atribuye –según *communis opinio*– únicamente al *debitor debitoris*.

En definitiva, es posible defender que el impulso de la acción subrogatoria no pasa por prescindir del requisito de la previa excusión de bienes que el artículo 1111 CC erige en presupuesto previo, sino por rechazar aquella interpretación exacerbada consistente en entender que la excusión de los bienes del deudor condenado implica necesariamente embargar sus derechos –todos los posibles, también los no realizables con facilidad por resultar controvertidos por el tercer obligado– y ejecutarlos a continuación mediante el tradicional sistema de enajenación forzosa a través de subasta judicial. Una interpretación tal es claro que no deja espacio para que opere la acción subrogatoria y, por eso, la propia doctrina civilista ha propuesto otras interpretaciones más razonables que no estrangulan el mecanismo subrogatorio; lo que desde el terreno procesal puede ofrecerse es encontrar la ubicación para que opere este mecanismo y articular las normas procesales adecuadas.

4.2.3. La falta actual de acomodo de la acción subrogatoria en el embargo de créditos

§. Si ya con la antigua LEC de 1881 llegó a mantenerse que la aparente contradicción entre el tenor del artículo 1111 CC y las normas sobre embargo –el antiguo artículo 1447 LEC de 1881– no era «tan profunda como se dice»¹²⁹, la apuesta por la protección del crédito y la regulación más sistemática que el Libro III LEC ha supuesto en materia de ejecución forzosa y de medidas cautelares ofrece un marco para acomodar la acción subrogatoria en las normas del embargo de bienes del Capítulo III del Título IV, como medio de conservación de la garantía patrimonial del deudor.

No es novedoso postular que la excusión y la realización previas que pide el artículo 1111 CC no comprenda, *de lege ferenda*, los «créditos y los derechos no realizables en el acto» a los que se refería el antiguo artículo 1447 LEC de 1881 y que constituyen ámbito al que –en principio– hay que circunscribir la aplicación de la acción subrogatoria. Ya antes se había alcanzado una conclusión parecida y se había sostenido que estos derechos no realizables en el acto se encontraban fuera de la mención del artículo 1111 CC relativa a los que estén «en posesión del deudor»¹³⁰ o, dicho a la inversa, que el embargo y la realización infructuosa de los bienes poseídos por el deudor comprendía –en la LEC de 1881– tan sólo los bienes u objetos materiales¹³¹. En la misma línea de respetar en lo sustancial el tenor del artículo 1111 CC, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN lo ha considerado un «complemento del embargo de derechos» que cobra sentido cuando no se encuentran más bienes del deudor que los

¹²⁹ J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, cit., p. 78.

¹³⁰ J. GÓMEZ CALERO, *La acción subrogatoria...*, cit., p. 76.

¹³¹ Así, J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, cit., p. 79; M. ALBADALEJO, «Artículo 1111», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales...*, t. XV, vol. 1º, cit., p. 952; y, en parecidos términos, J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 536.

incorporales representados por sus derechos frente a terceros¹³²; aunque, a mi juicio, lo definitivo para activar el mecanismo subrogatorio debe ser que la existencia del derecho embargado resulte *controvertida* por el tercer deudor (con independencia, en principio, de la distinción que traza el artículo 592.2º y 9º LEC entre los créditos y derechos «realizables en el acto o a corto plazo» y los realizables «a medio y largo plazo»).

§. Las normas sobre el orden de los embargos del artículo 592 LEC garantizan la subsidiariedad del mecanismo subrogatorio mediante, ante todo, el criterio general de mayor facilidad de realización enunciado en el apatdo. 1. Sólo subsidiariamente se sigue el orden del embargo del bienes del aptdo. 2, en virtud del cual los «créditos, derechos y valores realizables en el medio y largo plazo» quedan como últimos elementos patrimoniales a los que acudir a la hora de practicar la traba, que –en principio– debe limitarse cuantitativamente a aquellos cuyo previsible valor alcance para satisfacer el crédito del embargante (artículo 584 LEC); en esta mención deben subsumirse –a mi juicio– los créditos y derechos del deudor que resulten contestados por el subdeudor, aunque *prima facie* pudieran ser considerados realizables en el acto o a corto plazo.

Conocer si existen o no puede resultar una complicación práctica, pero no una imposibilidad que la LEC no sea capaz de salvar –mucho más eficazmente que a través de dudosas diligencias preliminares– mediante, de un lado, el deber de manifestación de bienes que el artículo 589 LEC impone al ejecutado (no aplicable, en cambio, en sede cautelar *ex* artículo 738.2 LEC) y, de otro lado, las medidas de investigación patrimonial que los artículos 590 y 591 LEC articulan para llegar a conocer el patrimonio del deudor y que pueden –*deben*, las más de las veces– tener por destinatario a terceras personas (entre ellas, el *debitor debitoris*).

§. Hasta aquí, por tanto, no hay obstáculo para tener por cumplido el requisito de excusión previa del artículo 1111 CC mediante el embargo de esta clase de derechos¹³³, que produce la afección singular del derecho embargado al proceso de ejecución y otorga al embargante el derecho procesal –de eficacia *erga omnes*– de realizarlo para cobrarse con su producto (sin perjuicio de que prospere una tercería de mejor derecho de otro acreedor dotado de una preferencia crediticia, artículo 613 LEC).

La cuestión es que, a diferencia del embargo de otros créditos o elementos incorporales frecuentes en el tráfico jurídico–económico (como saldos, sueldos, intereses, frutos, derechos realizables a través de mercado secundario oficial, acciones y participaciones sociales e incluso una empresa en sí misma considerada), la LEC no indica qué ha de suceder a continuación del embargo de estos genéricos «créditos, derechos y valores realizables en el medio y largo plazo» (artículo 592.2.8º LEC). Este silencio se debe, con toda seguridad, a una cadena de olvidos sobre los orígenes romanos de la acción subrogatoria en el

¹³² L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. II, *cit.*, pp. 742-743.

¹³³ En el mismo sentido, pero bajo la LEC de 1881, J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, *cit.*, p. 540.

pignus in causa iudicati captum romano. Estoy convencida de que hoy no encontraremos ningún *cives* romano, soltero, mayor de edad, libre de deudas, que no ejerza el comercio y que no tenga, en definitiva, ningún derecho patrimonial, que sobreviva para testificarlo. Pero si es encontrado ese Tizio o Pedro, lo que estoy segura es que ni bajo tormentos admitirá que la acción subrogatoria es romana.

Pero este silencio no es óbice –a mi juicio– para entender que, lo mismo que aquéllos, su realización puede consistir en el cobro o en la realización del derecho en cuestión. Se puede llegar por vía interpretativa, como hizo BALDO, o se puede llegar legislativamente, como con todo el sentido práctico hizo JUSTINIANO en el caso de los banqueros.

4.2.4. Embargo de derechos no fácilmente realizables y las medidas de garantía y de realización: los ejemplos italiano y alemán

§. Se puede aplicar analógicamente, como primera medida de garantía de la traba, una *orden de retención* dirigida al tercer deudor, al modo en que se realiza con los derechos más fácilmente realizables (*vid.* artículos 622-623 LEC). Pero no se ha estimado así en el [AAP Madrid \(Secc. 19ª\) de 17 de octubre de 2008 \(rec. 227/2008\)](#) en el que, tras el embargo de los créditos que los ejecutados (= el deudor intermedio) tenían frente a sus hijos (= *debitores debitoris*), se acordó requerir a estos terceros deudores para que depositaran las cantidades debidas; la resolución del Juzgado fue revocada en apelación, con el argumento de que:

«es evidente que requerir a terceros ajenos al proceso para que depositen la cantidad que se deba al deudor (ejecutado) contravenía y contraviene el artículo 1111 del C.Civil, en la regulación de la acción subrogatoria, a diferencia de lo que ocurre con la también petición de parte cuando interesó sacar a subasta judicial los créditos que se reseñan en la diligencia de embargo (...) solicitar sacar a subasta créditos embargados, partiendo de sentencia de condena firme (517.2.1º), no deja de ser una normal actividad procedimental de ejecución, como lo demuestran los artículos 584 de la LEC y específicamente el artículo 592, cuando detalla que entre los bienes que pueden embargarse se encuentran, obviamente, créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, entre otros bienes que se recogen por orden de prelación para que el embargo perjudique no más de lo necesario al propio deudor. Y dentro ya del procedimiento de apremio es evidente la posibilidad de sacar a subasta tanto los bienes muebles (643 y ss de la LEC) como los bienes inmuebles (655 y ss. de la propia ley procesal) debiendo tenerse presente la caracterización extensiva que para los bienes muebles dan los artículos 385 y ss del C.Civil. Solicitar que se saquen a subasta los objetos embargados nada tiene que ver con la acción subrogatoria recogida en el artículo 1111 del C.Civil cuya caracterización se ha efectuado, entre otras, en la STS de 25-01-2000, citando, también, las de 12-03-1984, 10-04-1990 y 22-04-1991».

Esta resolución muestra la insuficiencia de una *interpretación analógica* para dotar a la orden de retención de un contenido mayor que la mera comunicación del embargo del derecho del deudor y el requerimiento dirigido al tercer deudor para que, en caso de cumplimiento, ponga la prestación a disposición del tribunal, como, p. ej., emplazar al tercer deudor para que manifieste los motivos que puedan obstar al cumplimiento del crédito o derecho embargado. Se puede

postular *de lege ferenda* una medida así, pues conocer si existe controversia o no sobre el derecho embargado resulta de mucha utilidad y puede llegar a evitar el ejercicio de la acción subrogatoria si el tercer deudor procede a cumplir con la obligación que le incumbe.

§. Una medida semejante la encontramos en Italia en las normas – sucesivamente reformadas en los años 2012 y 2104– sobre *pignoramento presso terzi* de los artículos 543 y ss. *cpc*, que dejan cierto espacio para que opere el mecanismo subrogatorio, si bien privado de eficacia de cosa juzgada.

Estas normas, en lo que toca al embargo de créditos frente a terceros, conducen a que: 1º) si el derecho embargado no resulta controvertido por el tercer deudor, se procede a su realización mediante adjudicación en pago al acreedor ejecutante (artículos 548 y 553 *cpc*); y 2º) si el tercer deudor cuestiona la obligación que le incumbe, el tribunal de ejecución resuelve la controversia a los sólo efectos del proceso de ejecución mediante la sustanciación de un incidente de oposición frente a actos ejecutivos concretos, con carácter previo a su posterior adjudicación en pago (artículos 549 y 617 *cpc*).

§. Donde mayor operatividad tiene una medida semejante es en Alemania, país conocido por la falta de una previsión general como la de nuestra acción subrogatoria del artículo 1111 CC.

La ausencia de un precepto como el artículo 1111 CC no es, sin embargo, un defecto en Alemania; es simplemente un modelo –que también encontramos en los sistemas anglosajones– distinto de nuestro artículo 1111 CC, moldeado – como hemos visto– bajo la influencia de los glosadores y de la codificación francesa que ha conducido a ejercitar la acción subrogatoria autónomamente en proceso de cognición. En Alemania, en cambio, el problema que representa la omisión del deudor en la tutela de sus derechos para hacer efectiva su responsabilidad patrimonial se afronta desde el proceso de ejecución mediante una mayor regulación del embargo de los derechos del ejecutado frente a un tercer deudor.

La regulación germana se contiene en las disposiciones de los §§. 828 y ss. ZPO¹³⁴, que arrojan más claridad sobre cómo proceder en cada caso que la que hay que deducir en nuestro país en relación con la acción subrogatoria.

Así, tratándose del embargo de créditos dinerarios, el §. 835.1 ZPO dispone que *se transfieran* al ejecutante para –según su elección– o bien *cobrarlos* por sí mismo, o bien *hacerse pago mediante adjudicación* por su importe nominal. La *transferencia* –que es una forma *sui generis* de realización del proceso de ejecución alemán, que también es aplicable al embargo de créditos no transferibles pero cuyo objeto sí sea embargable (§. 850.2 ZPO)– constituye una *autorización judicial* para que el ejecutante pueda proceder al cobro del crédito (§. 836.1 ZPO), que pasa a convertirse por este motivo en *litispendente* a efectos de que el *debitor debitoris* pueda alegar la excepción procesal

¹³⁴ Ha de advertirse que manejamos la traducción española del año 2006 realizada por Á. J. PÉREZ RAGONE y J. C. ORTIZ PRADILLO, Montevideo, de la que existe v.e. disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf.

oportuna frente al deudor intermedio¹³⁵, al que, por otro lado, se le impone la obligación de facilitar al ejecutante toda la información y los documentos precisos para poder deducir sus derechos frente al tercer deudor (§. 836.3 ZPO).

A instancia del ejecutante, el §. 840 ZPO permite requerir al *debitor debitoris* para que, en las dos semanas siguientes a la notificación del embargo, comunique al oficial de la ejecución tres extremos¹³⁶:

- el reconocimiento de la deuda y su cuantía, así como su voluntad de pagarlo;
- las existencia de otras posibles personas que pretendan cobrar el mismo crédito; y
- la notificación de algún otro embargo sobre el crédito en cuestión (supuesto especialmente regulado en el §. 856 ZPO).

A partir de aquí, si el *debitor debitoris* no paga, el ejecutante puede reclamar su cumplimiento ante el mismo tribunal de la ejecución –§. 836.2 ZPO– mediante demanda que incluye la *litis denunciatio* al deudor intermedio, «en tanto no sean necesaria una notificación en el extranjero o una notificación pública» (§. 841 ZPO).

4.2.5. Quid en España? Remisión a las consideraciones *de lege ferenda* para un desarrollo del artículo 1111 CC

§. La cuestión en España se reduce, al cabo, a encontrar una alternativa –que *de lege lata* la LEC no ofrece– a la enajenación del derecho embargado como medio de realización forzosa, puesto que para realizar directamente el derecho embargado en el proceso de ejecución no hace falta acción subrogatoria. Para lo que sí resulta precisa la acción subrogatoria es para, en lugar de realizar el derecho directamente, conseguir que la prestación que constituye su objeto se incorpore al patrimonio realizable del deudor mediante el ejercicio de la acción subrogatoria, que es la finalidad de este mecanismo: la reintegración patrimonial.

Por eso, en definitiva, estimamos que, pese a que en España se interpreta el artículo 1111 CC en el sentido de que es formalmente una acción autónoma¹³⁷

¹³⁵ Así, el §. 836.2 ZPO. Esta disposición no lo expresa, pero cabe suponer que el carácter litispendente del crédito también será oponible frente a otro *creditor creditoris* y, en cualquier caso, se impone al ejecutado la obligación de manifestar la existencia de otros acreedores pretendientes al pago.

¹³⁶ El tercer deudor queda, además, sujeto a responsabilidad «por los daños que surgieren del incumplimiento de su deber de declarar» (§.840.2).

¹³⁷ Esta apreciación se ha empleado para negar la relación entre embargo y acción subrogatoria (F. CORDÓN MORENO, “Aspectos procesales de la acción subrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 81-94 y J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *cit.*, p. 372). Sin embargo, esa relación existe: aunque formalmente la acción subrogatoria no constituya *de lege lata* un medio de realización de nuestro proceso de ejecución, lo es en su substancia. Lo que permite la acción subrogatoria es ejercitar el derecho *antes* de la genuina fase de *realización de valor* para obtener la reintegración patrimonial de un bien realizable, a fin de que ese momento posterior de realización de valor tenga ya por objeto el *bien reintegrado*, y no sólo el derecho del deudor a obtenerlo. Por eso decía, con toda razón, BETTI (*Teoría de las obligaciones*, *cit.*, p. 363) que

en la que el acreedor está dotado de una legitimación extraordinaria (*por sustitución*), su lugar es éste, el de complementar el embargo de derechos no fácilmente realizables del deudor intermedio, aunque, a falta de una reforma de la LEC que le encuentre su lugar preciso —y que, entre otras cosas, valore si, p. ej., se ha de mantener la aplicación del foro de defensa del domicilio del *debitor debitoris* o, por el contrario, atribuir el conocimiento de la acción al propio tribunal del embargo—, hay que acudir en la actualidad al proceso declarativo que corresponda.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión, que ya fue adelantada en su día por CARRERAS LLANSANA, quien separó netamente la acción subrogatoria de los actos de realización de valor del proceso de ejecución¹³⁸ y subrayó su naturaleza de medida de garantía del embargo:

«tiene (...) naturaleza propia de todas las medidas de garantía que siguen a la afección, que carecen de independencia o autonomía, y que tienen su razón de ser en la necesidad de que un elemento patrimonial afectado a la ejecución, pendiente o futura, no se sustraiga a ella real o jurídicamente»¹³⁹.

§. Por lo demás, en la línea de lo que postulamos, el supuesto de hecho y lo resuelto por la Sala 1ª en su [STS núm. 275/2012, de 9 de mayo de 2012 \(rec. 1860/2009\)](#) muestran cómo la acción subrogatoria se coordina a la integración del patrimonio de los deudores ejecutados y atribuye efectos interruptivos de la prescripción a las notificaciones de embargo de derechos que, a instancia del acreedor, se habían dirigido al tercer deudor en el previo proceso de ejecución.

El caso arranca de un sospechoso incendio producido en la nave de los deudores —que había sido asegurada contra incendios un mes antes por la compañía “Victoria Meridional”— y que se propaga a la nave del actor, causando daños por importe de 343.816,22 euros. Archivada la causa penal, el perjudicado acude a la vía civil y obtiene la condena del deudor y de su esposa, a quienes, en ejecución de sentencia, no se les encuentra más bienes que los derechos indemnizatorios que pudieran tener frente a la compañía aseguradora, de manera que se embargan por el Juzgado y se dirigen a la aseguradora varios requerimientos judiciales para que informe sobre el importe de la indemnización que le corresponde pagar al ejecutado y haga efectivas las sumas. Estos embargos son dejados sin efecto por el Juzgado en virtud de recurso de la compañía aseguradora, que alegaba haber rehusado hacerse cargo del sinistro y el Juzgado remite entonces al perjudicado al proceso declarativo oportuno, al que efectivamente acude en virtud del artículo 1111 CC. En este segundo proceso —el subrogatorio— la demanda del

«la realización del valor no supone en realidad un ejercicio del derecho del deudor; por el contrario, tampoco el ejercicio del derecho supone una realización del valor (...) El ejercicio de los derechos puede, sin embargo, servir de medio para alcanzar la realización del valor, que es algo totalmente distinto», aunque sobre esto volveremos más adelante.

¹³⁸ Con rotundidad afirmó que «la realización forzosa de los créditos y derechos no realizables en el acto no puede ser nunca la llamada acción subrogatoria» (J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 535).

¹³⁹ J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., *ibidem*. E insiste el autor en que, en todo caso, «la acción subrogatoria es en nuestro Derecho una institución netamente procesal, y el ejecutante sustituye por su medio la actividad del ejecutado, al igual que la sustitúan el Ejecutor en los actos ejecutivos propiamente dichos o el administrador judicial de frutos y rentas en la actividad de explotación que le es propia» (p. 542).

acreedor es desestimada en primera instancia y en apelación por estimarse extinguido el derecho del deudor asegurado a la indemnización en virtud de la prescripción, pese a las diversas interpelaciones judiciales de pago que se había dirigido a la compañía aseguradora en el proceso de ejecución. El TS, en cambio, sí considera interrumpida la prescripción y casa y anula la sentencia, reenviando el asunto a la Audiencia para que resuelva el fondo; en concreto, se razona que:

«En sede de casación debemos declarar que el Sr. Isidoro [el acreedor] actuó persistentemente contra la aseguradora dentro del marco del proceso civil interesando la ejecución de la sentencia, provisional y definitivamente, con pretensiones conducentes al embargo del crédito que el Sr. Jose Manuel [el deudor ejecutado] tenía con su aseguradora [*debitor debitoris*], requerimientos que por vía judicial le fueron llegando a Victoria Meridional y que a la postre fueron dejados sin efecto por el Juzgado al entender que la real existencia de un derecho de crédito por el Sr. Jose Manuel debía sustanciarse en otro procedimiento, que es el que ahora analizamos. Dichas resoluciones de embargo, aunque dejadas sin efecto a instancia de la aseguradora que se personó en la fase de ejecución, tienen la naturaleza de reclamación extrajudicial, habiendo sido conocidas por la recurrida, como reconoce, por lo que a los efectos el artículo 1973 del C. Civil interrumpen la prescripción. En el presente caso no nos encontramos ante la interrupción de una acción por un proceso entablado entre dos partes diferentes a la que ha de sufrir el ejercicio de la acción, sino ante una reclamación que tiene la naturaleza de extrajudicial, dirigida contra la aseguradora, en pago de un derecho de crédito que potencialmente tenía su asegurado. Se llega a esta conclusión en una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, pues el actor no ha evidenciado dejadez o abandono de sus derechos, sino una denodada persecución de justicia, que se traduce en diversidad de actos interruptivos que válidamente podía instar el actor, en defensa del derecho de crédito en el que pretendía subrogarse (artículo 1111 del C. Civil)».

Esta sentencia es muy interesante por distintos motivos. En lo que importa ahora, porque muestra que la eficacia interruptiva de la prescripción no se hizo depender de que el acreedor actuara invocando el artículo 1111 CC para, en sustitución del deudor, ejercer sus «derechos y acciones» y, entre ellos, la interrupción de la prescripción, que es el argumento principal esgrimido por la doctrina civilista para negar la naturaleza procesal del poder que este precepto confiere al acreedor. Esa eficacia interruptiva operó, en el caso examinado, *con anterioridad* al proceso de la subrogatoria, aunque en su seno se examinara su procedencia, y, además, la autoría de las intimaciones era, sin duda, *judicial*, pese a la interpretación que realiza el TS del artículo 1973 CC. En concreto, la sentencia afirma la validez de los actos interruptivos de la prescripción a instancias del acreedor «en defensa del derecho de crédito en el que pretendía subrogarse», pese a la contradicción de equiparar las intimaciones judiciales del previo proceso de ejecución dirigidas al *debitor debitoris* con las reclamaciones *extrajudiciales* a las que se refiere el artículo 1973 CC. No obstante, hay que reconocer que habría resultado toda una sorpresa que el TS, dado el tenor de este artículo 1973 CC («la prescripción de las acciones se interrumpe *por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor, y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda del deudor*»), hubiera optado por subsumir en los actos de «ejercicio ante los tribunales» las notificaciones de

embargo y las subsiguientes órdenes de retención dirigidas al *debitor debitoris* en el proceso de ejecución¹⁴⁰. El problema es que el TS sólo miró hacia el artículo 1973 CC, cuando debió haber mirado el artículo 1937 CC, cuya letra permitía con más claridad alcanzar interpretativamente el resultado querido de interrumpir la prescripción a instancia de un acreedor: «*los acreedores y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario*».

5. El objeto de la acción subrogatoria y los «derechos y acciones» del deudor intermedio

§. A estas alturas de cuanto se lleva dicho presumo que los lectores civilistas y procesalistas –incluidos los magistrados de la Sala 1ª del TS y los juristas que sirven en la Abogacía General del Estado–, habrán adivinado que el tamaño del problema de la llamada acción subrogatoria se resuelve en su historia.

El objeto mismo de la llamada “acción” subrogatoria está constituido, *de lege lata*, por los «derechos y acciones» del deudor intermedio que el artículo 1111 CC autoriza a deducir a su acreedor frente a tercero, y cuya interpretación no puede resolverse en términos lógicos, porque es fruto del acarreo histórico que hemos visto y probado. Sin este acarreo histórico no es posible entender cómo se ha llegado a conformar –si se permite esta imagen– este «monstruo de Frankenstein» con cabeza del siglo XX (la «acción» del acreedor) y cuerpo del siglo VI («los derechos y acciones» del deudor intermedio), con toda la riqueza, en suma, del Derecho justiniano.

5.1. MÁS EQUÍVOCOS EN TORNO A LA «ACCIÓN» SUBROGATORIA Y A LOS «DERECHOS Y ACCIONES» QUE CONSTITUYEN SU OBJETO

§. En la figura que examinamos se habla de *acción* (subrogatoria) y de *derechos y acciones*, en dos sentidos diversos.

En un primer sentido se habla de acción –así, en singular, como también aquí se ha hecho hasta ahora y se hará en lo sucesivo– para designar al mecanismo en sí que el artículo 1111 CC pone a disposición de los acreedores: la *acción* subrogatoria. Nuestro Código Civil no emplea estos términos para referirse a ella, sino que es fruto de la tradición que rememora los orígenes romanos de la figura que, aunque luego se torcieron, llegaron hasta la codificación francesa a través de la denominación que empleamos profusamente cuando hablamos de *action oblique* en Francia o de *acción subrogatoria* en Italia y en España. Con estas denominaciones se nombra a la misma figura, aunque el calificativo *oblique* expresa mejor el carácter indirecto de esta acción que el calificativo *subrogatoria*, que obliga a puntualizar que el acreedor no se *subroga* en las

¹⁴⁰ Por lo demás, devuelto el asunto a la Audiencia Provincial para que asumiera la instancia, la demanda fue desestimada en [SAP Barcelona \(Secc. 13ª\) de 12 de junio de 2012 \(Rec. 609/2008\)](#), por inexistencia del derecho del deudor a causa del «incumplimiento por el asegurado Sr. Manuel de la obligación de emplear los medios adecuados para aminorar las consecuencias del siniestro, con la manifiesta intención de perjudicar o engañar a la aseguradora, ésta queda liberada de toda prestación derivada del siniestro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Ley de Contrato de Seguro».

relaciones jurídico-materiales de su deudor, que se mantienen subjetivamente inalteradas, sino que –se puntualiza entonces– ocupa su lugar en el proceso, como un *alter ego* o sustituto procesal del titular.

Aquí radican los primeros equívocos sobre la acción subrogatoria, porque, pese a su nombre, en el período codificador europeo del siglo XIX todavía nos encontramos ante una acción de corte monista, que ve en la acción subrogatoria un derecho de carácter material, que se desprende –en el lenguaje del artículo 1111 CC– de los términos «el acreedor (...) puede ejercitar (...)», como si se tratara de una facultad o de un *adminiculum iuris* que se encuentra ínsito en el derecho de crédito del acreedor, aunque sometido a ciertas condiciones de las que han terminado prescindiendo doctrina y jurisprudencia.

Esta consideración iusprivatista sobre la acción subrogatoria, que la concibe como una facultad material, todavía prevalece en la doctrina actual, en atención al posible, aunque residual, ejercicio extrajudicial de los derechos y acciones del deudor intermedio por parte del acreedor, que, por lo menos en el caso de la prescripción interruptiva, no es preciso explicar mediante el ejercicio de los “derechos de otros”, dado el tenor del artículo 1937 CC, ya mencionado en páginas atrás.

El segundo equívoco, al que el Derecho procesal ha prestado la noción de sustitución procesal, es una consecuencia del error inicial, consistente en considerar que las pretensiones que el acreedor deduce constituyen actos de ejercicio de los derechos del deudor intermedio, y radica en suponer que el acreedor *sustituye* en ese ejercicio a su deudor de tal manera que la presencia de éste en el proceso es *innecesaria* por *redundante*. Tampoco sobre esto nos extenderemos ahora, pero cabe adelantar nuestra posición contraria a esta construcción artificiosa que, de espaldas a los más elementales principios básicos jurídico-procesales, es tributaria de la imagen jurídico-material que nos devuelve la acción subrogatoria como supuesto paradigmático de ejercicio en nombre e interés propio de los derechos ajenos.

§. En un segundo sentido, se habla de «derechos y acciones» del deudor intermedio para expresar, también en términos iusprivatistas, el objeto que el artículo 1111 CC permite ejercitar al acreedor y que es fruto, igualmente, de sus orígenes en el Derecho tardo-romano.

Podemos imaginar que para la mentalidad monista de la época codificadora supusiera todo un reto discernir si nos encontramos –como supusieron algunos comentaristas– ante un «pleonismo evidente»¹⁴¹ o, por el contrario, la referencia a los “*derechos y acciones*” estaba empleada deliberadamente en dos sentidos técnicos diversos.

A nuestro parecer, es imposible –o, cuanto menos, sumamente difícil– sostener que la redacción del artículo 1111 CC obedezca a una concepción técnica sobre el derecho de acción como un poder jurídico subjetivo del particular frente al

¹⁴¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. IX, 3ª ed., París, 1870, p. 193; y, en el mismo sentido, M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 2, 8ª ed., París, 1921, p. 101.

Estado, distinto del eventual derecho subjetivo privado que a su través se trata de tutelar en el proceso; y, en todo caso, el mérito de esa “clarividencia científica” –en la que se advierten las influencias del Derecho justinianeo– le correspondería al legislador napoleónico del artículo 1166 CC, que fue el que primero aludió moernamente a los «*droits et actions*» como objeto de ejercicio subrogatorio, del que el artículo 1111 CC es mera transcripción. Pero con menor motivo cabe atribuir al codificador napoleónico el mérito de haber intuido la existencia de las teorías dualistas sobre derecho y acción que científicamente se alumbraron cincuenta años después con la célebre polémica académica entre WINDSCHEID y MUTHER. Por el contrario, como refirió DOMAT¹⁴², el *Code Napoléon* no hizo más que recoger los usos y reglas que habían llegado del Derecho romano a través de los siglos. Es oportuno señalarlo porque ni WINDSCHEID ni MUTHER pudieron tener en cuenta la acción subrogatoria, dada su ausencia en el Derecho alemán, pese a que el examen de la figura que nos ocupa vivifica la célebre polémica entre dichos autores.

§. Hoy en día no se duda de que lo que se ejercita en el proceso civil *no son* los derechos subjetivos privados, ni las pretensiones jurídico-materiales a las que tenga derecho el sujeto acreedor frente al sujeto obligado, sino concretas *acciones* o –en otra terminología– se deducen *pretensiones jurídico-procesales*, que se contienen o se formulan en la demanda y a las que puede no subyacer ningún derecho u obligación entre los sujetos concernidos¹⁴³. Ahora bien, de aquí a pretender –como a veces se ha apuntado– que el artículo 1111 CC se refiere a «derechos y acciones» en su sentido técnico sólo es posible hacerlo mediante un ejercicio de anacronismo consistente en aplicar con mentalidad actual categorías no discernibles en los albores del siglo XIX¹⁴⁴. La cosa no mejora cuando se puntualiza que lo que ejercita el acreedor son las *pretensiones* del deudor intermedio en su acepción jurídico-material¹⁴⁵, que provoca

¹⁴² Vid. *supra* nota 24.

¹⁴³ No nos entretendremos en establecer la distinción a la que apunta el texto, por ser sobradamente conocida; remitimos, pues, al lector a las explicaciones de dos procesalistas representativos de cada una de las formas de referirse al objeto del proceso civil, ya como la concreta acción afirmada en la demanda (A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil* (con M. A. FERNÁNDEZ), t. I, pp. 137-154), ya como la pretensión procesal deducida en ella (M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil* (con VV.AA.), 13ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 49-59 y 201 y ss.).

¹⁴⁴ Así, p. ej., PRIETO-CASTRO (*Cuestiones de Derecho procesal*, Madrid, 1947, p. 55) sostuvo que el artículo 1111 CC diferenciaba entre pretensión u obligación civil con su alusión al término «derecho» y «acción» para la que realmente tiene este carácter en derecho procesal»; y L. Díez-Picazo Ponce de León (*Fundamentos...*, t. II, *cit.*, p. 744) también apuntala la idea de que el término *acción* del artículo 1111 CC está empleado en sentido técnico. Por el contrario, sostiene lo que se apunta en el texto principal F. CORDÓN MORENO (“Acción subrogatoria y opción de compra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995, p. 105 [v. e. disponible en <http://bddoc.csic.es:8080/detalles.html?id=268811&bd=JURIDOC&tabla=docu>]; y “Aspectos procesales de la acción subrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 92-93).

¹⁴⁵ Así, R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 41; G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell’azione surrogatoria*, Milán, 1975, p. 243; F. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, *cit.*, p. 65; L. Díez-Picazo Ponce de León, *Fundamentos...*, t. II, *cit.*, p. 744; y Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, p. 183. LACRUZ BERDEJO (“Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc. cit.*, p. 1120)

legítimas dudas sobre la naturaleza del poder del acreedor: ¿una facultad material del acreedor permite deducir pretensiones jurídico-materiales del deudor frente a un tercero? ¿*Quid* de las acciones o pretensiones jurídico-procesales a las que no subyace un derecho subjetivo material? Pero, en cualquier caso, mucho peor se ha demostrado suponer –como veremos más adelante– que el artículo 1111 CC se refiere, con toda propiedad, a «derechos y acciones» del deudor intermedio y que, entre estas acciones, figura, a su vez, la acción subrogatoria que compete al deudor intermedio frente a un *quartus debitor*.

Como decíamos al principio, la interpretación de los términos empleados en el artículo 1111 CC no puede resolverse en términos actuales ni lógicos, porque obedece a un acarreo histórico que, como hemos dado prueba puntual, se remonta al rico Derecho justiniano, que aparece en este punto tan dualista como las más modernas corrientes procesalistas de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI.

La propia historicidad de la acción subrogatoria condiciona, como vamos a ver, su entendimiento actual, en el que el intérprete tiene que confrontar el objeto de la acción subrogatoria con disposiciones legales y doctrinas que indican ya quién puede –o no puede– pedir y obtener una determinada y concreta tutela civil. Y esa misma historicidad es la que nos lleva en este estudio a plantearnos si las técnicas de tutela que deben disponerse a favor del acreedor no deberían ser otras distintas de la que dibuja linealmente en el artículo 1111 CC.

5.2. LA LECTURA CIVILISTA DEL «EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y ACCIONES» DEL DEUDOR INTERMEDIO

§. La idea predominante en la actualidad –que, aunque equívoca también, será nuestro hilo conductor– es que la expresión «derechos y acciones» del deudor intermedio que emplea el artículo 1111 CC comprende, con mayor o menor acierto, cuantos poderes jurídicos correspondan al deudor *frente a tercero* –salvo los que le sean *inherentes*– siempre que sean susceptibles de actos de ejercicio judicial o extrajudicial¹⁴⁶.

Algunos autores aluden a esto con el término, empleado en su acepción jurídico-material, de *pretensión*; pero, merced al desarrollo alcanzado por la doctrina procesalista alrededor de este concepto jurídico, preferimos reservarlo para nombrar el objeto del proceso, que no hay duda que en el caso de la acción

también emplea en sentido jurídico-material la pretensión, pero critica su cortedad: «el alcance de la palabra *derechos* no puede restringirse a las solas pretensiones. Junto a ellas deben ponerse, desde luego, los llamados *derechos subjetivos de formación o modificación jurídica* dirigidos a producir modificaciones jurídicas por la sola voluntad de su titular»; palabras que apuntan a la noción chiovendiana sobre el derecho de acción.

¹⁴⁶ Por todos, *vid.*, J. L. LACRUZ BERDEJO, (“Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc. cit.*, pp. 1119-1122; F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 115 ss.; J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, p. 115; I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, *cit.*, p. 72; y G. GIAMPICCOLO, “Azione surrogatoria”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milán, 1959, p. 955.

subrogatoria serán las *pretensiones* –o *acciones afirmadas*– deducidas por el acreedor en su demanda. Cuestión distinta es que el término «*acciones*» del artículo 1111 CC aluda en sentido técnico–procesal al derecho de acción (del deudor), que es una interpretación que, además de anacrónica, no puede sostenerse ni desde la teoría sobre la acción que postula su contenido concreto (= sentencia favorable), ni desde la que la dota de un contenido abstracto (= sentencia de fondo) sin incurrir en un problema lógico irresoluble, en cuanto que el acreedor, al obrar en vía subrogatoria, es también titular –o así se presenta mediante las afirmaciones de la demanda– de su propio derecho de acción.

§. Con los derechos de crédito del deudor intermedio no se plantean problemas interpretativos: «es la categoría de derechos patrimoniales en la que más frecuentemente se darán las condiciones necesarias para el ejercicio subrogatorio»¹⁴⁷. La razón hay que buscarla en la perfecta correlación que existe entre *crédito* y *débito* en las situaciones crediticias; pero, fuera de estos casos, ni todos los deberes jurídicos del *debitor debitoris* presentan la autonomía del deber primario de realizar una prestación, ni la situación pasiva del deudor intermedio se traduce en la titularidad de un perfecto derecho subjetivo con un tercero.

No debe extrañar, pues, que el tenor del artículo 1111 CC con su referencia a «derechos y acciones» del deudor intermedio, haya conducido a discernir el grado de autonomía que han de presentar el resto de *facultades* o *poderes* del deudor para poder ser deducidas por el acreedor; ni que en la actualidad se opte por una lectura maximalista del artículo 1111 CC. Éste es el punto de arranque del estudio realizado por JORDANO FRAGA, sobre el objeto de la acción subrogatoria, del que dice que:

«cuando el artículo 1111 habla de “*todos* los derechos y acciones” del deudor, está aludiendo, en principio, a todos los poderes jurídicos (cualquiera que sea su calificación doctrinal) de los que sea titular el deudor. Y respecto de todos ellos (derechos subjetivos, facultades, acciones, excepciones) la cuestión de su admisión a la subrogatoria no se resuelve preliminarmente desde una (tantas veces discutible) calificación doctrinal de la prerrogativa jurídica de que se trate, sino desde la concreta comprobación de que en ella no incide ninguno de los criterios que *ex* artículo 1111 CC determina la exclusión del ejercicio subrogatorio»¹⁴⁸.

En la misma línea, se sostiene, además, que las dudas sobre la aptitud de un determinado poder jurídico del deudor deben resolverse en sentido afirmativo¹⁴⁹, pues el criterio determinante –e intrínseco en el artículo 1111 CC– para atribuir esa aptitud radica en que suponga o haga posible –incluso aunque no sea de forma directa o inmediata– un incremento patrimonial para el deudor, como se deduce de la finalidad para la que está dado el artículo 1111 CC de integrar bienes y derechos realizables del deudor.

¹⁴⁷ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 121.

¹⁴⁸ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 120.

¹⁴⁹ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 18.

§. Este criterio ha sido interpretado en el sentido de que las facultades de adquisición del deudor sólo habrían de ser admisibles si son gratuitas, pero no cuando supongan para el deudor la obligación de hacer frente a una contraprestación¹⁵⁰. No obstante, frente a contratos sinalagmáticos también cabe entender, como sucede en los cada vez más frecuentes derechos de opción de compra, que la admisibilidad o no del mecanismo que examinamos depende del estado de ejecución de la contraprestación que corresponde cumplir al deudor intermedio.

Así, este límite ha conducido a rechazar el ejercicio subrogado de los derechos de opción de compra del deudor intermedio si con su ejercicio éste debe hacer frente al pago del precio de la opción de compra al arrendador; y, en cambio, se ha admitido cuando, como sucedió en el asunto examinado en la [SAP Madrid \(Secc. 12ª\) de 10 de octubre de 2013 \(rec. 552/2012\)](#), el deudor intermedio ya había procedido previamente al pago del precio y lo que se pretendió fue solamente ya su formalización en escritura pública de la opción realizada y su inscripción registral. A un procesalista no se le escapará que se trata de un éxito bastante pírrico que se habría obtenido sin dificultad en el proceso de ejecución, si se pusiera la acción subrogatoria al servicio de la realización de derechos controvertidos. Pero aún así o por eso, la mejor doctrina procesalista ha dedicado su tiempo y esfuerzo a investigar la relación entre la opción de compra y la acción subrogaría¹⁵¹.

El mismo criterio se emplea para discernir las facultades que pueden ejercitar los acreedores ante la inactividad del deudor, como, p. ej., la de instar el cumplimiento de un contrato sinalagmático *ex* artículo 1124 CC; frente a aquellas otras prerrogativas que la doctrina excluye porque no se limitan a suplir una inactividad del deudor, sino que terminan por suponer *de facto* un poder gestorio de los acreedores sobre las relaciones jurídicas de su deudor en cuanto comportan la transformación de esas relaciones patrimoniales a su voluntad, como sucedería, p. ej., si los acreedores optaran, al amparo del mismo artículo 1124 CC, por resolver el contrato del deudor con el *debitor debitoris*, en lugar de instar su cumplimiento¹⁵². Sin embargo, no hay motivos de peso –salvo la resistencia a considerar dogmáticamente la subrogatoria como un mecanismo de poder gestorio, que ya está asumida, para negar al acreedor pedir y obtener la resolución del contrato ajeno en el que es parte su deudor si se encuentra total o parcial pero relevantemente incumplido y con la resolución es posible obtener la restitución de un bien o de un derecho que haga posible la satisfacción del derecho del acreedor; al fin y al cabo, «la exclusión de la subrogatoria respecto de los actos de ejercicio de poderes jurídicos del deudor

¹⁵⁰ Así, LACRUZ BERDEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc cit.*, p. 1125; e I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, *cit.*, p. 78.

¹⁵¹ Agradecimiento que debemos a F. CORDÓN MORENO (*vid.* su “Acción subrogatoria y opción de compra”, *loc. cit.* pp. 93 y ss.). Por economía ahorraré aquí la amplia producción bibliográfica de este autor, pero no así el siguiente enlace electrónico (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=72126>), cuya lectura íntegra se recomienda para valorar el esfuerzo dedicado por el prof. CORDÓN MORENO al tema.

¹⁵² *Vid.*, F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 143-144.

cuyo efecto sea extintivo, debe constreñirse a los que redunden en una minoración de la garantía patrimonial del deudor-titular»¹⁵³.

§. Si se observan, en definitiva, las prerrogativas jurídicas que la doctrina incluye entre las que son susceptibles de ser ejercitadas por un acreedor *ex* artículo 1111 CC se advierten, de un lado, serias contradicciones con la función que se niega a la acción subrogatoria de consentir al acreedor asumir la gestión del patrimonio del deudor; y, sobre todo, se termina desviando al proceso declarativo de su finalidad de resolver relaciones jurídicas *intersubjetivas controvertidas* aplicando el derecho objetivo en el caso concreto, para convertirlo en un juicio sobre la interpretación y la concurrencia de los presupuestos de la subrogatoria en sí, cuyo examen –que determina la suerte de las costas del proceso en perjuicio de quien no cumplió con las cargas que el mismo proceso declarativo impone– es a menudo más complejo que la pretensión deducida en la demanda, cuando la finalidad práctica que el acreedor persigue puede conseguirse más fácilmente a través del proceso de ejecución¹⁵⁴.

Muestra de esto último y ejemplo, al mismo tiempo, de las contradicciones a las que se encuentra sometida la figura es, p. ej., negar que el acreedor pueda, en sustitución del deudor, «cercar-cerrar su propiedades» y afirmar, sin embargo, que puede obtener «medidas conservativas cuyo ejercicio contribuya, en sentido amplio, a la defensa/conservación de la titularidad jurídico–real que constituye un activo patrimonial del deudor», entre las que se incluyen promover «el deslinde de la finca» del deudor u «obtener la publicidad registral» de su titularidad jurídico–real¹⁵⁵. Para salvar esta contradicción se ha propuesto distinguir entre modificaciones jurídico–patrimoniales que obedezcan a facultades de gestión, goce o uso cuyos actos se agoten en la esfera jurídica del propio titular, que por no ejercitarse frente a un concreto sujeto pasivo no serían susceptibles de ejercicio subrogatorio, de aquellas otras «que sean efecto del ejercicio de poderes jurídicos que están en el patrimonio del deudor»¹⁵⁶.

Ahora bien: si esta distinción vale para resolver un problema práctico y no peca de artificiosa, preferimos reservarla para aplicarla al proceso de ejecución –en sentido amplio– y, en concreto, al embargo de derechos del deudor, donde, obviamente, habrá que articular las técnicas y los modos de hacer efectivo el principio de audiencia del *debitor debitoris*.

§. Si no se reserva para el embargo, la lectura que hace un procesalista sobre cuáles son los «derechos y acciones» del deudor intermedio que el acreedor ejercita invocando el artículo 1111 CC, es la que expongo a continuación sobre la clase de poderes del deudor que se ejercitan en la acción subrogatoria,

¹⁵³ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 133.

¹⁵⁴ En muchas ocasiones, obtener una condena a elevar a público un contrato de adquisición que el deudor dejó de inscribir para sustraer sus bienes a los acreedores.

¹⁵⁵ Así, F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., pp. 124 y 130, respectivamente.

¹⁵⁶ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., pp. 135 y 136.

incluyendo algunos derechos potestativos del deudor intermedio por estar comprendidos fundamentalmente en la mención a las «acciones» del deudor que se dice que ejercita el acreedor al amparo del artículo 1111 CC y que es otro error considerar de esta forma.

No hacen falta muchas explicaciones para ver que es dogmáticamente imposible negar que el derecho a ejercitar judicialmente los derechos de otro es un *derecho propio* del sujeto al que le está dada esa prerrogativa, que se sirve de ella siempre en su interés y hasta los límites donde alcanza esa prerrogativa o derecho. El problema que plantea la historicidad de la acción subrogatoria es que un procesalista de hoy, ateniéndose a la lectura literal del artículo 1111 CC, tiene que afirmar lo que sigue a continuación cuando, buscando el sentido de “acciones” lo contrasta con la acción subrogatoria y busca precisar el objeto de esta acción.

5.3. LA LECTURA PROCESALISTA QUE DEVUELVE LA INTERPRETACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA Y LOS DERECHOS Y ACCIONES EXCLUÍDOS DEL ARTÍCULO 1111 CC

§. La salvedad de los derechos y acciones *inherentes al deudor* define negativamente cuál es el objeto susceptible de ser actuado en vía subrogatoria, aunque dada la imprecisión de la ley todavía hay que acudir a la doctrina¹⁵⁷ para identificar los criterios que, en principio, pueden emplearse para cualificar como “inherente al deudor” un derecho o facultad en cuestión.

Según una interpretación que aboca a restringir la salvedad y, por tanto, a ampliar el objeto de la acción subrogatoria, se sostiene que sólo los *derechos personalísimos* del deudor le son *inherentes*¹⁵⁸. Frente a esta postura, la gran mayoría de la doctrina se sirve, adicionalmente, de otros dos criterios para precisar la salvedad del artículo 1111 CC: el de la *patrimonialidad* y el de la *embargabilidad* del derecho o facultad en cuestión. En este punto entendemos, con JORDANO FRAGA¹⁵⁹, que la combinación de los tres criterios permite perfilar más precisamente las pretensiones que el acreedor puede deducir al amparo del artículo 1111 CC y por este orden los examinaremos, pese a que —a

¹⁵⁷ Tomamos como obras de referencia las aportaciones de J. L. LACRUZ BERDEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc cit.*; F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*; J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *cit.*, pp. 86-108; Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, pp. 157-192; y J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 112-215.

¹⁵⁸ Ésta es la postura de CRISTÓBAL MONTES, para quien «lo que es vaguedad, imprecisión e increción jurídicas al usar el término “inherencia” se torna claro, preciso y concreto si se utiliza el término “personalísimos” (...) tanto en referencia a aquellos derechos en cuya afección subjetiva resulta determinante la condición particular de ser titular, como con relación a aquellos negocios y contratos en que las circunstancias personales de alguno de los contratantes ha sido circunstancia básica para su conclusión» (Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, p. 173); pero se le ha criticado que «a la hora de determinar los derechos/acciones excluidos de la subrogatoria, mezcla la *ratio* personalista con el criterio de la extrapatrimonialidad (F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, p. 29, nota 16).

¹⁵⁹ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 26-32.

nuestro juicio— el criterio de la embargabilidad es el más apto —y maleable, por su carácter puramente legal— para reconducir a él las características de los otros dos.

5.3.1. Extrapatrimonialidad y acciones constitutivas de estado y capacidad de las personas

§. En primer término, son *inherentes* al deudor en los términos del artículo 1111 CC los derechos *extrapatrimoniales*, por su clara ineptitud para servir a la reintegración del patrimonio realizable del deudor. Hay que puntualizar que la doctrina civilista predica la patrimonialidad no tanto del derecho en sí, ni de los efectos indirectos o mediatos que puedan seguir de su ejercicio, cuanto del *objeto* del derecho o facultad en cuestión¹⁶⁰. Por eso, un derecho que *no* sea patrimonial en razón de su objeto no se convierte en patrimonial a causa de que su ejercicio pueda generar de forma indirecta consecuencias patrimoniales¹⁶¹.

§. Los ejemplos que suministra la doctrina civilista para ilustrar la aplicación de este criterio suelen consistir en acciones constitutivas sobre estado y capacidad de las personas, excluidas del ejercicio subrogatorio de los acreedores por la extrapatrimonialidad de su objeto. Otra cosa —como han apuntado CICU y ATAZ LÓPEZ¹⁶² y desarrollado con más amplitud JORDANO FRAGA¹⁶³— es que, puesto que el estado civil y la capacidad de las personas no son materias privadas, sino que existe un predominante interés público del Estado en que ese estado o capacidad se ajusten a la realidad, alguna de las acciones de estado sí podrían los acreedores ejercitarlas, pero no en virtud del artículo 1111 CC como sostiene CRISTÓBAL MONTES¹⁶⁴, sino merced a la legitimación que expresamente la ley otorgue en cada caso, en atención al grado de protección que el legislador quiera dispensar a los terceros. Así, por ejemplo, a «cualquier persona con interés legítimo» en las acciones de reclamación de filiación por posesión de estado (artículo 131); a «aquellos a quienes perjudique» la filiación no matrimonial carente de la constante posesión de estado en la acción de impugnación de la filiación (artículo 140 CC); o —como tendremos ocasión de ver— a «cualquier persona que tenga

¹⁶⁰ Así, NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, pp. 90-91; F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, p. 44; e I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio de la acción subrogatoria*, *cit.*, p. 76-77. Para JORDANO FRAGA, la patrimonialidad del objeto o contenido es «lo que determina que esté *in bonis* y, por tanto, a reserva de la posible aplicación de otros criterios de exclusión, también en el ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria»; y RIAÑO BRUN razona que, si ciertas prerrogativas jurídicas, como la de obtener la declaración de nulidad de un acto o el derecho de retracto, no son en rigor susceptibles de embargo y sí de ejercicio subrogatorio, es preferible referir la patrimonialidad al objeto o bien que se pretende integrar o conservar en el patrimonio del deudor, en lugar de al derecho o acción que se refiera a aquél.

¹⁶¹ En este sentido, J. L. LACRUZ BERMEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc. cit.* p. 1105, además de los autores citados en la nota anterior.

¹⁶² Vid. A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milán, 1948, pp. 102-103 y J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *cit.*, pp. 105-108.

¹⁶³ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 65-68 y 73-74.

¹⁶⁴ Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, p. 167.

interés directo y legítimo» en las acciones de nulidad matrimonial (artículo 74 CC), lo que nos aleja de una legitimación por sustitución a través de un pretendido ejercicio subrogado de los derechos del deudor por el acreedor.

§. Esta interpretación se aproxima a la explicación que suelen recibir estos supuestos desde la disciplina procesal.

Frente a quienes con mentalidad iusprivatista sostienen que la acción en estos casos es reflejo de la titularidad de un derecho privado al cambio jurídico –los *Rechte des rechtlichen Könnens* de la primera doctrina alemana– o –en red denominación chiovendiana– de un *derecho potestativo*¹⁶⁵, pronto se objetó –con James GOLDSCHMIDT y Alfredo ROCCO, a la cabeza de las críticas– que no debían existir problemas dogmáticos para admitir la existencia en estos casos de «acciones puras» o «acciones sin derecho», en las que la noción de legitimación adquiere cierta relevancia. Se trata de supuestos en los que no puede decirse que los sujetos legitimados ejerciten un *derecho privado –ni propio ni ajeno–*, porque, sencillamente, «no existe tal derecho (o de haberlo, sería de muy polémica configuración)» (DE LA OLIVA SANTOS)¹⁶⁶. Lo que existe son *situaciones jurídicas* «respecto de las cuales no pueden hacerse afirmaciones de titularidad de derechos subjetivos»¹⁶⁷.

Es la ley la que reconoce legitimación a quienes, por encontrarse en una determinada situación, ostentan un interés jurídicamente relevante para obtener la tutela jurisdiccional concreta, aunque ulteriormente hay que distinguir la diferente posición legitimante en la que se encuentran, de un lado, los sujetos directamente concernidos –en su propia esfera personal– por la tutela pretendida, y, de otro lado, los terceros cuya legitimación viene dada por un criterio contingente de oportunidad político-jurídica.

En el primer caso, la legitimación del sujeto –y la preservación del principio de audiencia– en el proceso que declare, modifique o extinga su esfera personal no puede negarse sin infringir el artículo 24.1 CE porque está en cuestión la tutela de sus «derechos e intereses legítimos», esto es, proviene de la exigencia del justo proceso que el artículo 14.1 PIDCP expresa mejor como el «derecho a ser oída (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil» (cfr. artículos 10 DUDH y 6.1 CEDH). En el segundo caso, en cambio, la legitimación del tercero es contingente, en el sentido de que no le viene impuesta al legislador la exigencia de proteger el interés del tercero

¹⁶⁵ Vid. G. CHIOVENDA, “L’azione nel sistema dei diritti”, *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, pp 20-25, quien acuñó el término *derechos potestativos* como expresión sintética de derechos que consisten en un poder jurídico que se agota con ejercicio, tomados de la doctrina alemana, y los ejemplificó con su noción de acción.

¹⁶⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, con I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres, 2ª ed. Madrid, 2012, p. 443.

¹⁶⁷ J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, cit., p. 40 y, más ampliamente, en su *Sobre la legitimación...*, cit., pp. 173-174 y 191-206, donde desarrolla –en sentido diferente de lo que se sostiene en el texto principal– diferentes situaciones jurídicas legitimantes en los supuestos de referencia.

elevándolo a jurídico (aunque, una vez convertido en jurídico, gozará también de la protección que dispensa el artículo 24.1CE).

Estas diferentes situaciones legitimantes, trasladadas a los términos del artículo 10 LEC, deberían incardinarse, la primera, en su pfo. primero a través de la mención a la titularidad –mejor, *subjetividad*– del «objeto litigioso» y la segunda, en el pfo. segundo, por tratarse de un supuesto en el que la ley atribuye legitimación a «persona distinta» del titular (= sujeto de la situación jurídica que constituye el objeto del proceso), aunque la doctrina suele subsumir una y otra, indistintamente, en el artículo 10.1 LEC¹⁶⁸. Con este matiz o sin él, que tiene su trascendencia por el debate existente en torno a la modificación del pfo. 3 del artículo 222 LEC por obra de la corrección de errores del BOE núm. 90 de 14 de abril de 2000, lo que está claro es que son supuestos ajenos –o, por lo menos, así lo trata la doctrina– a la legitimación extraordinaria y a la sustitución procesal¹⁶⁹, pese a que las normas de legitimación a terceros se asemejen a esta última en su tipicidad legal.

5.3.2. Inembargabilidad del bien o derecho del deudor intermedio

§. Un segundo criterio, el de la inembargabilidad, es empleado ulteriormente por la doctrina para excluir, de entre los derechos patrimoniales del deudor, aquellos que tampoco son susceptibles de ejercicio subrogado por sus acreedores¹⁷⁰.

La sustracción legal de determinados bienes y derechos de un acto de embargo suministra, en efecto, un parámetro para medir la “inherencia” de un derecho a su titular y excluirlo de la acción subrogatoria, por la razón de que el fin de la acción subrogatoria es integrar el patrimonio del deudor para, obtenido el bien, poder realizarlo forzosamente en un proceso de ejecución; por lo tanto, carecerá de fundamento acudir a ella –que se convertiría en un medio arbitrario de injerencia en la esfera del deudor– si se pretendiera obtener un bien o derecho que se encuentra sustraído a la ejecución por su inembargabilidad.

¹⁶⁸ Vid., por todos, J. MONTERO AROCA, *Sobre la legitimación...*, cit., pp. 181 y ss., aunque el autor también apunta a la diferente situación de la legitimación basada en el interés legítimo de terceros (p. 206).

¹⁶⁹ Así, E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I (Parte general. El proceso declarativo ordinario), 8ª ed., Madrid, 1976, p. 143; A. DE LA OLIVA SANTOS, . DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, con I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres, 2ª ed. Madrid, 2012, p. 443; J. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, cit., p. 47; M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil* (con otros), 3ª ed., 2002, p. 159; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Proceso civil práctico* (con Gimeno Sendra y otros), Madrid, 2002, pp. 169-170; y F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 73-74.

¹⁷⁰ Así lo sostiene la doctrina civilista en la relación entre acción subrogatoria y acciones impugnatorias (vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto...”, loc. cit., p. 1108 y a F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., pp. 83 y ss.; en el mismo sentido, J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., p. 122)..

§. La LEC ahora suministra unas normas generales sobre inembargabilidad en sus artículos 605 y 606, que deben ser completadas con otras de carácter específico que precisan la embargabilidad o no de determinados bienes¹⁷¹.

Según las normas generales, son inembargables, además de los bienes extrapatrimoniales (artículo 605.3º LEC) que la doctrina civilista ya empleaba como criterio autónomo en materia de acción subrogatoria:

- los bienes inalienables (artículo 605.1º LEC), o no susceptibles de transmisión autónoma o independiente;
- los «*derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal*» (artículo 605.2º LEC); y
- todos aquellos bienes singulares del deudor que los artículos 606 y 607 LEC ponen fuera del alcance de los acreedores en atención a razones de orden público, religioso o social, como los bienes de las Administraciones públicas adscritos a servicios públicos, los bienes sacros, o el ajuar doméstico y los instrumentos de trabajo del deudor.

Este conjunto de criterios se completa con la existencia de normas específicas contenidas en leyes especiales, como, a título ejemplificativo, las siguientes:

- Según el aptdo. 2 del artículo 53 LPI, «los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable».
- Son inembargables, en virtud de lo dispuesto en el aptdo. 8 *in fine* del artículo 8 del RDLeg 1/2002, de 29 de noviembre, «los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones (...) hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad»¹⁷².
- Las prestaciones económicas establecidas en la Ley 36/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, son también inembargables, salvo para la ejecución de condena al pago de alimentos legales (artículo 14.8 de la Ley 36/2006).

¹⁷¹ Por razones de brevedad no podemos desarrollar el estudio de estas normas ni su aplicación casuística, que puede verse en L. CASERO LINARES, *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2012; y en J. MONTERO AROCA, *Tratado de proceso de ejecución civil*, 2ª ed., Valencia, 2013.

¹⁷² Sobre la constitucionalidad de esta norma se ha pronunciado la [STC \(Sala 2ª\) de 20 de abril de 2009](#), que, en definitiva, justifica la inembargabilidad en que «el sacrificio de los acreedores es muy inferior a la amenaza que para la viabilidad y estabilidad financiera de los planes y fondos de pensiones representaría la embargabilidad de los derechos consolidados».

5.3.3. El carácter personalísimo de algunas prerrogativas del deudor intermedio. La «inherencia personal» de algunos «derechos y acciones»

§. El tercer criterio de delimitación de aquellos derechos del deudor susceptibles de ejercicio subrogado radica en el carácter personalísimo del derecho en cuestión. Aquellos derechos que por su propia configuración legal estén estrechamente relacionados con un interés primario de naturaleza extrapatrimonial o moral de su titular deben excluirse del objeto del artículo 1111 CC, aunque tengan contenido económico¹⁷³.

Tal sucede, p. ej., con los derechos indemnizatorios que surgen de la ruptura de la promesa de matrimonio *ex* artículo 43 CC¹⁷⁴. O con el derecho a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen del deudor o, más en general, con los derechos indemnizatorios de daños morales.

1º) Daños y perjuicios por intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

§. La LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LOPCDH) delimita quién ostenta legitimación para pedir y obtener la tutela dirigida a restablecer la lesión de estos derechos fundamentales, incluyendo la indemnización del daño moral, pero también –entre otras– la adopción de medidas cautelares y la de sentencias de condena a la cesación y abstención de las intromisiones ilegítimas en estos derechos fundamentales. Ninguna de estas normas –a mi entender– permite ampliar interpretativamente la legitimación activa a los acreedores, ya del perjudicado, ya de las personas beneficiarias de las indemnizaciones que provienen de un daño moral vinculado a la lesión de derechos personales e intransferibles.

Si la intromisión ilegítima se produjo en vida del titular, corresponderá a éste o, en determinados casos, a un círculo restringido de personas –que también ostentarán legitimación si el titular hubiera fallecido– que se cierra con el Ministerio Fiscal «*de oficio a la instancia de persona interesada*» (artículo cuarto.Tres LOPCDH). La especialidad de estas normas, junto con la singularidad de la materia regulada, conduce a excluir, con SIRVENT GARCÍA¹⁷⁵, que los acreedores puedan sustituir al titular en el ejercicio de este derecho indemnizatorio, por patrimonial que sea su contenido. La patrimonialidad de este derecho indemnizatorio se ha esgrimido como argumento para sostener el surgimiento de un derecho nuevo y distinto del honor, la intimidad o la propia imagen lesionados, susceptible de ser ejercitado por los acreedores del titular al amparo del artículo 1111 CC. Sin embargo, en la ley se advierte que constituye una decisión legislativa deliberada la de excluir del posible ejercicio de estas pretensiones indemnizatorias a «personas

¹⁷³ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 201.

¹⁷⁴ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., pp. 204-205, y los autores citados nota 243.

¹⁷⁵ J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., pp. 153-154.

interesadas», entre ellos, los acreedores, que podrán –en última instancia– dirigirse en su caso al Ministerio Fiscal.

Por la índole de la materia tutelada, el legislador no ha querido que estos terceros puedan reclamar las indemnizaciones provenientes de la intromisión ilegítima en estos derechos: ni lo pueden hacer en vida del titular del derecho, ni lo pueden hacer tampoco cuando el titular haya fallecido, pues todo lo más que pueden hacer en este último caso quien se considere «persona interesada» es instar el ejercicio de las oportunas acciones al Ministerio Fiscal, siempre que –artículo cuarto.Tres LOPCDH– falten cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona perjudicada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

2º) Indemnización por daños morales

§. En materia de indemnización por daño moral, aunque hace ya tiempo que se dio el paso de cuantificar en dinero la integridad física y los sufrimientos psíquicos y morales, la “inherencia” del derecho indemnizatorio a la persona del ofendido titular se deriva de su esencia, que participa del mismo carácter no patrimonial que el interés lesionado en cuanto perteneciente a la dignidad e integridad de la persona¹⁷⁶.

Este carácter no patrimonial del derecho, que ya ha planteado no pocos problemas a la hora de admitir su transmisibilidad *mortis causa*, se erige en un obstáculo insalvable para que en su propio interés terceros como los acreedores puedan ejercitarlo al amparo del artículo 1111 CC, aunque no lo será para que, ejercitado e incorporado el *quantum* indemnizatorio al patrimonio del deudor, pueda ser embargado y realizado por aquéllos.

3º) Derecho de alimentos legales entre parientes

§. Esto último es extrapolable, *mutatis mutandis*, al derecho de reclamación de alimentos legales entre parientes (artículos 142 y ss. CC). Frente a quienes propugnan que los acreedores pueden ejercitar el derecho del deudor a reclamar pensiones¹⁷⁷, el derecho en sí surge en razón de la relación de carácter familiar entre alimentante y alimentista y reviste un marcado carácter personalísimo que debería conducir a negar su ejercicio *ex* artículo 1111 CC a los acreedores del alimentista (a quienes puede, no obstante, reconocerse la embargabilidad de las cantidades percibidas por este concepto que se encuentren ya en su patrimonio, con los límites que en todo caso impone la LEC en el artículo 607 LEC).

¹⁷⁶ En este sentido, J. L. LACRUZ BERDEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc. cit.*, pp. 1105-1106 y 1111-1112; F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 56-61; J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 153-155; y G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, pp. 253-254.

¹⁷⁷ Así, G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, pp. 272-273; F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 108-111, quien lo admite incondicionalmente, tanto respecto de alimentos vencidos como de los futuros; y J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 186-188, quien, en cambio, limita el ámbito de la acción subrogatoria a las pensiones alimenticias vencidas.

En definitiva, en esta materia debe tenerse en cuenta que incluso allí donde ya aparece acreditada la insolvencia patrimonial del deudor por haber sido declarado en concurso, el legislador ha querido excluir –artículo 54 LC– que las acciones «de índole personal», pese a su posible contenido patrimonial, puedan ser ejercitadas por los acreedores singulares. Únicamente en el caso de suspensión de las facultades de disposición y administración patrimoniales, el legislador concursal ha admitido el ejercicio de tales acciones –bajo determinados presupuestos que veremos más adelante– por parte, exclusivamente, de la administración concursal (artículo 54.1 LC). Si esto es así cuando el acreedor ha sido declarado en concurso, no puede dejar de serlo cuando falta esa “proclamación oficial” de insolvencia patrimonial del deudor: ningún acreedor *singular* ha de poder ejercitar estas acciones al amparo del artículo 1111 CC.

4º) Otros derechos y facultades del deudor intermedio. En especial, las acciones impugnatorias de contratos

§. Mención aparte merecen ciertos supuestos, doctrinamente discutidos, en los que están en juego valoraciones que el legislador ha diferido a la discrecionalidad de su titular.

§. Así, es muy dudoso, p. ej., que los acreedores puedan aceptar por su deudor una oferta de donación, por el carácter *intuitu personae* que presenta el contrato de donación y porque la aceptación no es un derecho adquirido del deudor que procedieran sus acreedores simplemente a ejercitar en su sustitución. Nuestra doctrina civilista se encuentra dividida, aunque son más los autores que se inclinan por la respuesta negativa¹⁷⁸. Procesalmente resulta dogmáticamente muy complicado articular este supuesto en un proceso civil de declaración, puesto que semejante proceso habría de dirigirse, en litisconsorcio necesario impropio, frente al donante y frente al deudor intermedio a fin –y aquí radica el problema de su admisibilidad– de que se declare la donación y/o se condene a ambos a su aceptación y cumplimiento. Si tenemos en cuenta que la doctrina suele exigir la voluntad del donatario para que exista este negocio jurídico, resulta dudoso que pueda concurrir el requisito de la llamada *accionabilidad* para acoger semejante demanda.

§. También es dudoso si, más en general, pueden los acreedores irrogarse prerrogativas jurídicas que permitan hacer prevalecer su criterio sobre el del deudor inactivo. Un ejemplo lo suministra el artículo 1124 CC cuando, habiendo cumplido el deudor –y no *debitor debitoris*– la contraprestación que le incumbe, los acreedores del primero optaran por resolver el contrato con la consiguiente restitución patrimonial para aquél, en lugar de exigir el cumplimiento de la prestación incumplida por el *debitor debitoris*, más los daños y perjuicios en cualquier caso. La opinión más extendida¹⁷⁹ es que, para

¹⁷⁸ Vid., en sentido negativo, Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 181-186 y J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, cit., pp. 101; y, en sentido favorable, J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., pp. 128-130.

¹⁷⁹ Vid., por todos, F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., pp. 142-143.

mantener la acción subrogatoria dentro sus límites sin que suponga para los acreedores un poder gestorio capaz de transformar la sustancia del patrimonio del deudor y de sus relaciones jurídicas, los acreedores pueden ejercitar la acción de cumplimiento contractual, pero no la resolutoria. Sin embargo, la cuestión dista de ser clara.

De un lado, el caso resuelto en la [STS núm. 591/2011 de 19 de julio de 2011 \(rec. 1267/2007\)](#), sobre la que volveremos más adelante, muestra que la acción subrogatoria se mantendría dentro de sus límites cuando los acreedores ejercitaran, en virtud del artículo 1124 CC, la acción de cumplimiento contractual en primer término y, sólo para el caso de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, dedujeran la pretensión de resolución contractual, acumulada subsidiariamente. Además, de otro lado, existen casos –véase, p. ej., el contemplado en el [AAP Madrid \(Secc. 12ª\) de 12 de abril de 2012 \(rec. 735/2010\)](#)– en los que lo más razonable puede ser la resolución contractual en lugar del cumplimiento específico (siempre, claro está, que la inactividad del deudor no haya permitido consumir la prescripción extintiva).

§. Por último, toca considerar el caso de si los acreedores pueden ejercitar las acciones impugnatorias de su deudor, lo que nos coloca frente al régimen general de la anulabilidad y de la nulidad de los negocios jurídicos en el Código civil (no vamos a considerar la impugnación de acuerdos sociales, dotada de una norma especial de legitimación en el artículo 206 LSC, ni el particular supuesto de anulabilidad de los actos del concursado, regulada en el artículo 40.7 LC).

Empezando por la anulabilidad, debemos entender, con la mayor parte de la doctrina, que el carácter tuitivo de la anulabilidad no permite que ejerciten la acción sujetos extraños como los acreedores¹⁸⁰.

Las normas reguladoras de este tipo de ineficacia confieren legitimación y, con ella, la facultad de confirmar el negocio anulable –artículo 1311 CC– al *contratante incapaz* –o su órgano tutelar– y al contratante que prestó un *consentimiento viciado* por error, dolo, intimidación o violencia (artículo 1302 CC), así como al *cónyuge que no prestó su preceptivo consentimiento* en el negocio concluido por el otro cónyuge (artículo 1322.I CC). La ley sólo amplía el círculo de sujetos legitimados¹⁸¹ –entendiéndolos comprendidos en la mención de «obligados principal o subsidiariamente» del artículo 1302 CC– al *fiador* del contratante afectado por el vicio (cfr. artículos 1824.II y 1853 CC), a sus *codeudores solidarios* (cfr. artículo 1148 CC) y a los *sucesores* del sujeto beneficiado por la norma (cfr. artículos 1322 y 1208 CC). Y, en la misma línea,

¹⁸⁰ Se pronuncian en este sentido G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., pp. 294-295; F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., pp. 219-228; J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, cit., pp. 98-99; y J. DELGADO ECHEVERRÍA Y M. A. PARRA LUCÁN, *Manual de las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003 [v.e. disponible en <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/nulcontratos.htm>], parte 2, pp. 28-29.

¹⁸¹ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA Y M. A. PARRA LUCÁN, *Manual de las nulidades...*, cit. pp. 14-28.

se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, que es constante en interpretar que el artículo 1302 CC y, con él, las menciones a los sujetos legitimados en el ejercicio de la acción, «*es aplicable a aquella forma de ineficacia conocida como anulabilidad, que permite al perjudicado impugnar el contrato que le ocasionó el perjuicio, mientras que para pedir la nulidad está legitimado cualquier interesado, haya sido o no parte del contrato*»¹⁸².

Frente a esta postura, otra parte de la doctrina¹⁸³ argumenta que los artículos 1302 y 1322 CC únicamente tienen el alcance de excluir que los defectos de capacidad o de consentimiento contractual puedan ser esgrimidos por la otra parte del contrato, pero no el de impedir su ejercicio por parte de los acreedores de la parte que los padeció. Pero, aun siendo difícil sostener esta lectura posibilista, faltan argumentos para superar el mayor obstáculo de esta postura, que radica en la facultad del deudor contratante aquejado del vicio de confirmar el negocio y que los defensores de esta postura se limitan a dejar a salvo, sin perjuicio de que entonces –dicen– el negocio pueda ser rescindido por los acreedores mediante la acción revocatoria o pauliana; pero, aun así, parece que no termina de imbricarse bien la legitimación por sustitución del artículo 1111 CC en las acciones de anulabilidad si la confirmación es posible y sobreviene *lite pendente*: ¿estaríamos dispuestos a admitir una terminación anticipada del proceso a virtud de una confirmación sobrevenida del negocio anulable por quien lo padeció y frente a quien debiera dirigirse la demanda de anulabilidad?

En materia de nulidad absoluta, de construcción doctrinal y jurisprudencial, la legitimación –sin llegar a configurar la acción de nulidad como pública– sí aparece ampliada a los *terceros titulares de un interés legítimo*, entre los que se encuentran, sin duda, los acreedores que por el contrato nulo vean perjudicada la solvencia del deudor. Así lo asevera la doctrina civilista¹⁸⁴, «pero, entonces, no nos hallamos ante el ejercicio subrogatorio por los acreedores de la acción de nulidad de su deudor, sino que los acreedores, en tanto que sujetos interesados, están *directamente legitimados* por la ley para pedir (*iure proprio*) que se declare esa nulidad»¹⁸⁵.

La cuestión de si la legitimación del acreedor para anular los contratos de su deudor es *propia* o, por el contrario, *sustitutiva* de la del deudor en el marco del artículo 1111 CC dista de ser escolástica; entre una y otra se advierten las siguientes diferencias:

- En primer término, la acción de nulidad no participa *de lege lata* ni del carácter de subsidiariedad que se predica de la acción subrogatoria (o, por lo menos, no en los mismos términos), ni precisa que el crédito del actor esté vencido. La

¹⁸² Así, aunque dictadas en procesos sobre nulidad radical por simulación, la reciente [STS \(Sala 1ª\) de núm. 4/2013, de 16 de enero de 2013 \(rec. 1431/2010\)](#) y la [STS \(Sala 1ª\) núm. 640/1990 de 5 de noviembre de 1990](#).

¹⁸³ Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, “Algunas consideraciones sobre el objeto...”, *loc. cit.*, p. 1189 y, más ampliamente, J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria, cit.*, pp. 130-139.

¹⁸⁴ Por todos, J. DELGADO ECHEVERRÍA Y M. A. PARRA LUCÁN, *Manual de las nulidades...*, *cit.*, p. 100.

¹⁸⁵ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 218; y, en el mismo sentido, J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *cit.*, pp. 197-198, aunque sin distinguir entre anulabilidad y nulidad (y refiriendo a ésta el artículo 1302 CC).

legitimación del tercero le está dada por ser titular de un *interés legítimo*, que siempre radica en lo mismo: desvanecer la apariencia de validez de un negocio nulo que le perjudica o supone un perjuicio para la plenitud de los derechos de los que él mismo es titular, sean crediticios o de otro carácter¹⁸⁶. Esta mayor amplitud de la posición legitimante permite, por descontado, que se encuentre en ella el acreedor que ataca un negocio de su deudor para obtener la reintegración patrimonial de lo que transmitió, pero no en virtud de una legitimación sustitutiva en las acciones del deudor, sino en virtud de una acción absolutamente propia, basada en el interés legítimo del acreedor que estamos considerando, al que asistirán no sólo las acciones de nulidad sino también las de rescisión por fraude de acreedores del artículo 1111 *in fine* CC.

- En segundo término, tanto la acción de nulidad como la acción rescisoria del artículo 1111 *in fine* CC ejercitada por un tercero debe dirigirse, en litisconsorcio necesario, contra las partes del negocio impugnado, a diferencia de lo que sucede –según la opinión común– cuando el acreedor ejercita la acción subrogatoria.
- Y en tercer término, en materia de nulidad contractual la jurisprudencia niega a los terceros la legitimación para pedir la restitución de las prestaciones que impone el artículo 1303 CC y que se sigue de la declaración de ineficacia del contrato¹⁸⁷. Salvo cuando la nulidad declarada afecta a la transmisión de bienes inscritos registralmente (en cuyo caso la cancelación de la inscripción en el Registro produce efectos similares), este resultado –que es precisamente aquél en el que radica el interés legítimo de nuestro acreedor– sólo parece que pudiera obtenerlo el acreedor acudiendo bien al mecanismo subrogatorio del artículo 1111 CC para ejercitar las acciones que correspondan *a su deudor*, bien ejercitando las acciones rescisorias que el mismo precepto pone a su disposición.

La aplicación de la doctrina restrictiva de la legitimación de los terceros en materia restitutoria en muchos casos resultará inocua si el interés del tercero legitimado queda satisfecho con la destrucción de la apariencia de validez del contrato; pero en el caso de los acreedores que estamos considerando en los que su interés radica precisamente en el perjuicio que supone la despatrimonialización de su deudor a virtud del negocio nulo, la aplicación de esta doctrina resulta cicatera si, declarada la nulidad, se les niega la legitimación para obtener la restitución del bien dirigido a reintegrar el patrimonio del deudor. No tiene sentido que el resultado que sí alcanza a dar la acción rescisoria del artículo 1111 *in fine* LEC se le niegue a la de nulidad obligando al acreedor a conseguirlo mediante el ejercicio de otra acción, la subrogatoria¹⁸⁸; es mucho más consecuente y respetuoso con el interés legítimo del tercero reconocerle en estos casos legitimación para ejercitar la pretensión de restitución. Y no puede oponerse a esto el argumento de que en la acción de nulidad el efecto restitutorio del artículo 1303 CC alcanza, en los negocios

¹⁸⁶ Vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA Y M. A. PARRA LUCÁN, *Manual de las nulidades...*, cit., p. 100; J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 204-205.

¹⁸⁷ Sobre este particular, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA Y M. A. PARRA LUCÁN, *Manual de las nulidades...*, cit., parte 3, pp. 40 y ss.

¹⁸⁸ Vid. el caso examinado en la [STS \(Sala 1ª\) núm. 171/2011 de 25 de marzo de 2011 \(rec. 1981/2007\)](#), que es ejemplificativo de lo que decimos.

jurídicos recíprocos, a ambas partes del contrato nulo sin importar que la restitución de prestaciones arroje un resultado patrimonialmente neutro, mientras que la acción subrogatoria está dada —lo vimos al principio de estas páginas— para obtener un *acrecentamiento patrimonial* del deudor. Este argumento no puede erigirse en un obstáculo para reconocer hasta sus últimas consecuencias la legitimación del acreedor respecto de las pretensiones restitutorias que acompañan a la nulidad, porque no es un óbice: sólo acentúa la diferencia entre la acción de nulidad y el mecanismo subrogatorio. En el fondo, la decisión entre admitir o negar esa legitimación radica en dirimir si abocamos al acreedor a promover dos procesos, uno antecedente del otro: el de nulidad, con sus limitados alcances restitutorios, y el de la subrogatoria, para que se ejercite oblicuamente por el acreedor el derecho del deudor intermedio a la restitución patrimonial que cicateramente la jurisprudencia le niega en el primer proceso.

De las anteriores diferencias entre acción de nulidad y acción subrogatoria, por último, no debe extraerse la conclusión de que una y otra resultan excluyentes, porque no lo son. Lo serían si consideráramos que un tercero acreedor del acreedor de unas las partes de un negocio nulo ostenta interés legítimo suficiente para impugnar con éxito ese negocio; pero, así planteada una demanda, ni la jurisprudencia admitiría interpretación tan laxa e indirecta sobre el «interés legítimo», ni resulta conveniente una ampliación tal de la legitimación por interés que, en el fondo, no haría sino encadenar acciones subrogatorias entre sí (encadenamiento que más adelante veremos).

5.4. ¿EJERCICIO SUBROGADO DE LAS «EXCEPCIONES» DEL DEUDOR INTERMEDIO? LA INTERVENCIÓN PROCESAL ADHESIVA SIMPLE DE LOS ACREEDORES DE LAS PARTES Y LECTURA CORRECTORA. LA FALTA DE INCIDENTES DE OPOSICIÓN DE TERCEROS EN LA EJECUCIÓN

§. Uno de los errores a los que conduce la concepción iusprivatista de la acción subrogatoria como ejercicio de cualquier poder del deudor frente a tercero radica en incluir, dentro de la amplia referencia del artículo 1111 CC a los «derechos y acciones», las excepciones y otras facultades procesales del deudor.

En favor de esta postura —que, llegado el momento, permitiría también al acreedor recurrir la sentencia dictada en el proceso de su deudor— se argumenta que el acreedor, ante la inactividad de su deudor, debe poder ejercitar, al amparo del artículo 1111 CC, las pretensiones «*defensivas o contrapretensiones*» en la que su titular se sirve de ellas como defensa, oponiéndolas a la reclamación, total o parcialmente infundada, de un tercero: y si la defensa es judicial frente a una reclamación de igual carácter (acción judicial del tercero reclamante), la pretensión defensiva o contrapretensión se ejercita en vía de *excepción*—¹⁸⁹.

¹⁸⁹ F. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, cit., p. 116; y, en el mismo sentido, G. GIAMPICCOLO, “Azione surrogatoria”, loc. cit., p. 955.

Esta posibilidad puede asistir –ciertamente– a los acreedores del deudor, pero no porque el acreedor ejercite las excepciones de su deudor al amparo del artículo 1111 CC o en virtud de una legitimación por sustitución, sino porque esa posibilidad, sin las limitaciones que *de lege lata* impone el artículo 1111 CC, la brinda el artículo 13 LEC, sobre intervención procesal voluntaria, a todo tercero procesal que «acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito».

§. Tras algunas reticencias y dudas iniciales sobre el tenor del artículo 13 LEC, en la actualidad tanto la doctrina procesalista como la jurisprudencia se muestran conformes en que el artículo 13 LEC admite no sólo la intervención procesal de tipo litisconsorcial, sino también la de tipo simple¹⁹⁰, esto es, aquella en la que el tercero ostenta un «interés legítimo», no directo pero sí relevante jurídicamente.

En esta situación se halla, como han perfilado doctrina y jurisprudencia, el tercero que es titular de una relación jurídica dependiente o conexa con la debatida en el proceso, en el sentido de que la decisión de éste puede constituir un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la propia relación jurídica del tercero, como, por ej., el adquirente *sub condicione* o a término de una de las partes. Se oponen como argumentos para no abrir la intervención procesal el carácter meramente fáctico del interés del acreedor y que, como ya puso de manifiesto MONTELEONE¹⁹¹, en la mayor parte de supuestos no patológicos no se ajustan a la situación descrita los acreedores de las partes, por la elemental razón de que ninguna sentencia dictada en un proceso relativo a derechos patrimoniales de un sujeto tiene por sí misma eficacia jurídica refleja sobre el resto de relaciones independientes de aquel litigante con sus acreedores: no hay *per se* un eventual perjuicio jurídico derivado de vínculos de dependencia o de prejudicialidad *stricto sensu* entre el objeto del proceso y las relaciones crediticias de un sujeto.

¹⁹⁰ Así, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 105; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil. Parte general* (con V. Moreno Catena), 5ª ed., Madrid, 2011, pp. 102-104; I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General* (con A. de la Oliva Santos y J. Vegas Torres), 2ª ed., Madrid, 2013, pp. 508-509; J. F. GARNICA MARTÍN, «Artículo 13», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. M. Á. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler, y J. F. Valls Gombau), t. I, Madrid, 2000, pp. 197-198; E. GONZÁLEZ PILLADO, y P. GRANDE SEARA, «Comentarios prácticos a la LEC. Artículos 13, 14 y 15», en *Revista Indret*, núm. 1, 2005, pp. 4-6 [v.e. disponible en http://www.indret.com/pdf/271_es.pdf]; V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Madrid, 2010, pp. 165-168; P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, «Artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. F. Cerdón Moreno y otros), t. I, 2ª ed., 2011, pp. 264-269; J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 267; M. ORTELLS RAMOS, «Intervención de terceros en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000: Legitimación, información de la pendencia del proceso y poderes del interviniente», en *Rigor doctrinal y práctica forense. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Vázquez Sotelo*, Barcelona, 2009, p. 713, y en *Derecho procesal civil* (con otros), 9ª ed., Pamplona, 2009 p. 184-185.

¹⁹¹ Vid. G. A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padua, 1978, pp. 93-100.

Ahora bien, el mismo MONTELEONE no deja de reconocer que el peligro de insuficiencia patrimonial convierte en jurídico el interés meramente *de facto* del acreedor, para el que en Italia está dispuesto en el proceso de ejecución el incidente de *opposizione revocatoria di terzo* del artículo 404.2 *cpc*, que permite a todo tercero titular de un interés legítimo (y a los causahabientes de las partes) rescindir las sentencias firmes dictadas en procesos fraudulentos o dolosos en los que no hayan sido parte¹⁹². En España, a falta de un incidente semejante, el circunstancial interés jurídico de un acreedor –incluso si es condicional o a término– sólo puede canalizarse a través de la intervención procesal simple, que, a la postre, tiene por finalidad la prevención del fraude procesal en perjuicio de tercero.

Por lo tanto, la caracterización tradicional de la intervención adhesiva simple no debe excluir que la evitación de perjuicios y de eventuales fraudes que fundamenta la intervención procesal simple pueda consistir también en el perjuicio jurídico–económico que se infligiría al acreedor de una de las partes

¹⁹² El artículo 404 *cpc*, que tiene su precedente en el artículo 512 *cpc* de 1865, abre en la actualidad el Capítulo V dedicado a la *opposizione di terzo* contra sentencias firmes, del Título III del Libro II del *cpc*, dedicado a la impugnación de las sentencias. Se trata de un incidente específico y distinto del que permite la general *opposizione*, como remedio frente una ejecución injusta o carentes de acción ejecutiva o de derecho al despacho de la ejecución, prevista en el artículo 615 *cpc*.

El primero de los apartados del artículo 404 *cpc* regula lo que doctrinalmente se conoce como *opposizione ordinaria di terzo* («un terzo può fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti»); el segundo párrafo se ocupa de la llamada *opposizione revocatoria di terzo*, en los siguientes términos: «Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando è l'effetto di dolo o collusione a loro danno». En nuestro ordenamiento el expediente procesal más parecido es el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ (= artículo 228 LEC), que circunscribe la legitimación para instarlo a «quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo». En esta última referencia se incluye a eventuales litisconsortes necesarios *preteridos*, pero no a otros terceros procesales; para estos, durante la litispendencia, está dispuesta la intervención procesal, que será de tipo simple en el caso de los acreedores –como se indica en el texto principal–, o de tipo litisconsorcial, cuando se trate de terceros que pudieran considerarse litisconsortes no necesarios de las partes, por ser cotitulares de la relación jurídica deducida en el proceso o por encontrarse en la misma posición legitimante que la de la parte del proceso. De llevarse o introducir la acción/técnica subrogatoria en el proceso de ejecución, resultaría preciso redefinir, de un lado, los cauces de oposición o a la ejecución o a la medida ejecutiva concreta del embargo, así como o abrir la legitimación para instar la ejecución a otros acreedores del ejecutado, o regular la acumulación de procesos de ejecución.

En cualquier caso, si miramos hacia Italia, no debe confundirse este incidente con la general oposición a la ejecución, pero tampoco con el *pignoramento presso terzi*.

El incidente general de oposición a la ejecución, además de por las partes de la ejecución, «puede ser propuesta también por el tercero sujeto a la ejecución en cuando *debitor debitoris*, tercero respecto a la deuda pero no respecto a la responsabilidad (v. artículo 602 *cpc*), por el causahabiente del deudor, [que es] sucesor en el título en el sentido del artículo 111 *cpc* y, en vía subrogatoria (artículo 2900 *cpc*), por un acreedor del ejecutado frente a la inacción de éste último», aunque «no puede proponer oposición a la ejecución el tercero legitimado a proponer la oposición del artículo 619 *cpc*», que es el *pignoramento presso terzi* (G. ROMUALDI, *L'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione*, tesis ined. coord. P. Biavati, tutel. R. Caponi, *Università di Bologna*, curso 2006/2007, pp. 110-111; v.e. disponible en <http://amsdottorato.unibo.it/499/1/TesiGiulianaRomualdi.pdf>).

si el fracaso procesal de su deudor se tradujera en una disminución de su patrimonio tan relevante que pudiera llegar a frustrar sus legítimas expectativas al cobro de su crédito.

La doctrina suele presentar la posición de los acreedores de las partes como un supuesto de «perjuicio, no jurídico pero sí de hecho»¹⁹³; mas si el éxito o el fracaso de la postura del deudor en el proceso puede suponer una amenaza a la integridad de su patrimonio no cabe duda de que el perjuicio trasciende del plano meramente fáctico para convertirse –recordemos el artículo 1911 CC– en jurídico¹⁹⁴.

Así pues, un tercero que justifique ser acreedor de una de las partes –del demandado si hablamos de *excepciones*, pero puede ser de cualquiera de las partes si lo aplicamos a otras facultades y cargas procesales– y verse potencialmente afectado –en los términos señalados– a causa de una pérdida relevante del patrimonio de su deudor a resultas de lo que pudiera decidirse en el proceso, ostenta interés legítimo en los términos del artículo 13 LEC para intervenir en el proceso de su deudor. Es más, habrá que tener en cuenta si en

¹⁹³ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 261, quien, con todo, es poco concluyente sobre si este supuesto posibilita o no la intervención procesal. A diferencia de la situación en que se encuentran los terceros absolutamente indiferentes a quienes no se duda en excluir de la intervención procesal, el autor mantiene un mutismo sobre la viabilidad de la intervención procesal en el supuesto que nos ocupa y que, precisamente, ilustra de esta forma (la cursiva es mía): «Si A es condenado a pagar una cantidad de dinero a B, en el proceso entablado por éste contra aquél, la cosa juzgada no afectará jurídicamente a la relación jurídico-material que une a C [acreedor] con A, y en virtud de la cual A es deudor de C, pero puede afectarle meramente de hecho, por cuanto disminuirá el patrimonio de A, pudiendo llegar a convertirlo en insolvente y haciendo imposible económicamente que C cobre su crédito». El perjuicio –sostiene ese autor– sería sólo eventual frente a un posible embargo o afección de los bienes del deudor litigante que disminuyeran el éxito de una futura ejecución del tercer acreedor, pero le resulta artificioso admitir a prevención una intervención procesal basada en un interés jurídico hipotético.

¹⁹⁴ Esto corrige provisionalmente y en parte lo que en otro lugar he mantenido de forma más confusa, aunque doctrinalmente ortodoxa, sobre la intervención procesal de acreedores de las partes y, por ello, debo matizar en el sentido indicado en el texto principal estas otras palabras: «la expresión “interés directo y legítimo” carece en la actualidad del efecto pernicioso de restringir indebidamente el ámbito del artículo 13 LEC y, en cambio, tiene la virtualidad de excluir de raíz la intervención de terceros que ostentan un interés meramente fáctico, esto es, la de aquellos terceros que, por ser titulares de una relación independiente, autónoma y perfectamente compatible con la debatida en el proceso, sólo presentan una débil conexión subjetiva con el objeto del proceso pendiente, como –por ejemplo– mantener vínculos crediticios o aun familiares con una de las partes (...) Por lo general, el interés de un acreedor respecto de los procesos seguidos por otros acreedores contra su deudor es meramente fáctico y carece de relevancia jurídica, aunque la sentencia que se dicte pueda afectar a la capacidad de solvencia del deudor. La única excepción radica en que justamente ese proceso ajeno esté siendo empleado fraudulentamente como medio para lograr la despatrimonialización del deudor. Sólo en este caso –como ha señalado la mejor doctrina– el interés económico adquiere relevancia jurídica y merece la tutela que la intervención procesal dispensa a los terceros» (B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “Selección de cuestiones procesales sobre partes, jurisdicción, competencia y acumulación en la LEC”, en *Los procesos declarativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los diez años de su vigencia. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma*, coord. J. Banacloche Palao, Madrid, 2012, p. 29, nota 15).

esa situación pluriconsorcial sobrevenida lo procedente no es ya acudir al concurso y desencadenar los remedios que éste ofrece.

§. Para quienes –con la mayoría de la doctrina y con la jurisprudencia– la acción subrogatoria no requiere de excusión previa de bienes del deudor antes de acudir al mecanismo subrogatorio, pudiera parecer un mero prurito dogmático distinguir si, en estos casos, el acreedor obra en virtud de una legitimación por sustitución del deudor *ex* artículo 1111 CC o en virtud de intervención procesal. Y, en efecto, así es si se considera que en ambas figuras subyace la misma sustancia: la defensa de un interés legítimo del tercero. Sin embargo, conviene separar la una de la otra, porque obedecen a técnicas distintas.

El propio entendimiento de la acción subrogatoria como una legitimación por sustitución queda, de un lado, mejor explicada si la ponemos en relación con la iniciativa del proceso, con la posibilidad de instar, como parte inicial y con todas las cargas que pesan sobre ésta, el proceso que tendrá por objeto las pretensiones jurídico-procesales relativas a una relación ajena y que habría podido deducir –pero no hizo– su titular; pero no, en cambio, si, además, comprendemos en ella una legitimación como la que se ostenta para intervenir, que por sí misma no es apta para iniciar el proceso, sino sólo –aunque no es poco– para actuar en calidad de interviniente procesal en un proceso ya iniciado, con plena independencia –en cualquier caso– respecto de las partes iniciales. Además, y otro lado, la separación que existe entre la legitimación que puede ostentar un acreedor para intervenir en el proceso de su deudor y la previsión del artículo 1111 CC permite respetar el carácter subsidiario de este último remedio y, en la línea de lo que hemos mantenido en páginas anteriores, situarlo –sin pervertir sus requisitos– al servicio de un embargo de bienes y derechos del deudor controvertidos por el obligado.

En definitiva y, dicho más sencillamente, si lo que se pretende es conjurar el *temor* de un acreedor a que su deudor no se defienda diligentemente o, incluso, a que fraudulentamente lo haga en el proceso y que, con ello, exista un *riesgo* –que tendrá que valorar el juez– de que su patrimonio realizable sufra una disminución relevante que haga peligrar la íntegra satisfacción del derecho del acreedor, el expediente adecuado para hacerlo es, sin más aditamentos, la intervención procesal adhesiva simple.

§. Por lo demás, el aptdo. 2 del artículo 13 LEC contiene las líneas esquemáticas del procedimiento para resolver incidentalmente sobre la solicitud de intervención adhesiva del tercero, que debe presentar por escrito y que carece de efectos suspensivos sobre el curso del procedimiento.

Para permitir a las partes pronunciarse y al tribunal resolver sobre la entrada o no del acreedor en el proceso, se entiende –aunque la ley no lo diga– que debe alegar y acreditar el interés legítimo que ostenta *ex* artículo 1911 CC, puesto que no tiene otra oportunidad para hacerlo. La solicitud se limita a abrir un trámite escrito de alegaciones para las partes originarias por diez días, transcurridos los cuales y sin más trámites –en especial, sin celebración de vista alguna– el tribunal resuelve por medio de auto lo que estime conveniente a la luz del objeto del proceso y del interés invocado por el acreedor.

§. Una vez admitida la intervención del acreedor, la amplitud de sus facultades procesales como interviniente viene expresada en el artículo 13 LEC mediante su consideración como «parte a todos los efectos» procesales.

Aunque en el pasado se ha discutido si las facultades procesales del interviniente voluntario son aplicables por igual a todo interviniente –en especial, para prevenir el fraude– o si dependen de la clase de interés del tercero, hoy en día ni doctrina ni jurisprudencia cuestionan que, en abstracto, las facultades meramente *procesales* –no dispositivas– del interviniente no están basadas ni en la clase de intervención ni en el tipo de interés del interviniente¹⁹⁵. Tanto el interviniente adhesivo simple como el litisconsorcial pueden, en principio, «defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento» (artículo 13.3 LEC). Y, en materia de recursos, la autonomía procesal de todo interviniente se encuentra reflejada en el artículo 13.3 LEC: «el interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte».

El límite –por ahora– infraqueable que le está vedado al interviniente radica en que pretenda introducir nuevos objetos procesales en la primera instancia mediante pretensiones autónomas e incompatibles con las de las partes originarias, a causa de la inadmisibilidad en nuestro ordenamiento de la intervención procesal de tipo principal¹⁹⁶. Hecha esta salvedad y la que se adelantó al tratar el caso de los acreedores y adquirentes *sub conditione*, la procedencia, en concreto, de las pretensiones que formule el acreedor es ya una decisión perteneciente al fondo que se juzgará *secundum legem* y con el metro de la tutela necesaria para proteger cada respectivo interés.

¹⁹⁵ Vid. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, «Artículo 13», *loc. cit.*, p. 274; E. GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria de terceros...*, *cit.*, pp. 182 y 194; y S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *Intervención voluntaria de terceros*, *cit.*, pp. 58-66..

¹⁹⁶ La doctrina es unánime al respecto y ofrece otros modos de proceder a ese tercero, que son los que se estiman más adecuados para permitir al proceso cumplir su fin de resolver controversias *intersubjetivas* de forma irrevocable. Esta clase de intervención conlleva la inserción de hasta dos nuevos objetos procesales a instancias del tercero, que son incompatibles con el inicial que envuelve a las partes originarias (frente a quienes se dirigen las pretensiones del tercero), porque da lugar a un proceso *excesivamente complejo* que es ajeno a nuestra tradición jurídica y contrario a la claridad que debe presidir la tarea de enjuiciar. La inadmisibilidad de esta clase de intervención llamada «principal» conduce a que en nuestro proceso civil el tercero que sea titular de un derecho incompatible con el de las partes del proceso interponga demanda separada y se suscite, en su caso, la acumulación de procesos al amparo de los arts. 74 y ss. LEC o la suspensión por causa de prejudicialidad de los artículos 43 LEC. Vid, por todos, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., «Artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *loc. cit.*, p. 263; y GONZÁLEZ PILLADO, E., *La intervención voluntaria de terceros...*, *cit.*, pp. 146-148; y GARNICA MARTÍN, J. F., «Artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *loc. cit.*, p. 196.

5.5. ¿ENCADENAMIENTO DE «ACCIONES SUBROGATORIAS»? LA CONSAGRACIÓN DE UN ERROR «HISTÓRICO»

§. Si la concepción iusprivatista del ejercicio de los derechos del acreedor no resulta satisfactoria, menos aún lo es predicar los actos de ejercicio del acreedor de las *acciones* de su deudor, en el entendimiento de que el artículo 1111 CC distingue técnicamente entre «derechos y acciones».

Aunque hasta cierto punto es comprensible la amplitud con la que se concibe el objeto de la acción subrogatoria, no podemos pasar por alto que recientemente la Sala 1ª del TS lo ha llevado más allá en su [STS núm. 591/2011 de 19 de julio de 2011 \(rec. 1267/2007\)](#). Esta sentencia es conocida por haber ampliado el círculo de los «derechos y acciones» del deudor intermedio que el acreedor puede ejercitar a los que, a su vez, correspondan al *debitor debitoris* frente a un *quartus debitor* carente de buena fe. O dicho en otros términos, que el artículo 1111 CC, con su mención a los «derechos y acciones» del deudor, autoriza a encadenar, a su vez, acciones subrogatorias.

La sentencia del TS se ciñe a un caso de la AEAT en el que, desde todos los puntos de vista técnicos actuales, que son el que debió haber considerado el TS en el recurso de casación, resulta voluntarista, cuando no arbitraria, sin que quepa la disculpa de limitarse a corregir “ligeros” errores de planteamiento, puesto que muy dudosamente se habría alcanzado el mismo resultado acudiendo a fundamentos legales –como la teoría del levantamiento del velo o la acción pauliana o revocatoria, que es la perspectiva desde la que SIRVENT GARCÍA ha dirigido sus críticas a esta sentencia¹⁹⁷– distintos de los que el demandante dedujo. Incardinadas las pretensiones de la demanda de la AEAT en el ámbito de la acción subrogatoria, no le quedó otra al TS que ceñirse a este marco para, insólitamente y con argumentos rechazables *de lege lata*, terminar

¹⁹⁷ Vid. J. SIRVENT GARCÍA, “A propósito de la eficacia de la acción subrogatoria frente al que adquiere de mala fe del *debitor debitoris* en un supuesto de permuta de solar por casa de futura construcción. comentario a la STS de 19 de julio de 2011”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 28, 2012, pp. 469-476). En opinión de este autor, «lo incorrecto de la sentencia es admitir que mediante la acción subrogatoria se pueda ejercitar una acción de cumplimiento de contrato (el de permuta) frente a un sujeto que en realidad no fue parte de dicho contrato para condenarle a la entrega de la vivienda. La razón de su crítica es que el título de adquisición del *quartus debitor* no fue el contrato de permuta, del que no había sido parte, sino un contrato de compraventa posterior concertado con el *debitor debitoris*. En su opinión, habría que haber atacado, en primer lugar, este contrato con base en que la adquisición de la vivienda que se realizó se hizo fraudulentamente, lo que conlleva lógicamente la carga de la prueba del fraude; y, en un momento lógico posterior, una vez reintegrado el bien en cuestión en el patrimonio del *debitor debitoris*, proceder a reclamar la entrega de la vivienda, ejercitando –ahora sí– la acción de cumplimiento del contrato de permuta», al amparo del artículo 1111 CC. Personalmente, dudo mucho de que a la abogacía del Estado se le escapara esta opción. Más bien, con la acción subrogatoria trató de llegar hasta allí donde ni las potestades de autotela del crédito tributario contra el propio deudor, ni la responsabilidad de los sustitutos tributarios (entre ellos, los administradores sociales y resto de responsables), podían alcanzar.

desbordándolo y –en contra de lo dedido por el Juzgado y por la Audiencia¹⁹⁸– estimar el recurso de la AEAT.

§. Que fuera acreedora la AEAT no es anecdótico. Cabe presumir que los magistrados de la Sala 1ª del TS, como juristas conocedores de “ciertos entresijos” histórico-legales, estaban propulsando a conciencia a la acción subrogatoria más allá de sus límites. El impulso que necesitaron provenía de la anotación registral de la permuta originaria en la que constaba la reserva a favor del deudor transmitente de las dos casas de futura construcción que constituyen la *res de qua agitur*; esta publicidad registral es la que hace al TS decir en los antecedentes jurídicos que el *quartus debitor* es «titular registral que carece de buena fe, según hecho probado». Pero, antes de ver el caso, se impone examinar el contexto normativo de esta acción subrogatoria de las Administraciones públicas¹⁹⁹.

¹⁹⁸ La sentencia de apelación que el TS casó y anuló es la muy farragosa [SAP Málaga \(Sección 6ª\) de 21 de marzo de 2007 \(rec. 925/2006\)](#).

¹⁹⁹ La regulación legal está contenida en la [Ley General Tributaria](#) de 2003, que define los sujetos y delimita su responsabilidad, así como en el [Reglamento General de Recaudación](#), aprobado por Decreto 939/2005, de 29 de julio (del que se señalan en el texto principal los preceptos más importantes) y en el [Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, de Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social](#). De este último y de sus artículos 84 y ss. –que no se mencionan en el texto principal– resalto los que presentan algún interés en una necesaria reflexión sobre el artículo 1111 CC (la cursiva es mía):

- Artículo 87.2: Para proceder contra los bienes y derechos del responsable, se acumularán en un solo procedimiento las providencias de apremio que se hubieran dictado contra éste, sin perjuicio de que, cuando las circunstancias del procedimiento lo exijan, se proceda a la segregación de las providencias acumuladas» (...).

- Artículo 89.2: «Si el deudor no hiciera manifestación de sus bienes, no podrá estimarse como causa de impugnación del procedimiento de apremio la preterición o alteración del orden de prelación que se debe observar en el embargo de bienes, en relación con los bienes y derechos no señalados».

- Artículo 91. *Orden de prelación que se debe observar en el embargo de bienes*. 1. La unidad de recaudación ejecutiva embargará los bienes del apremiado en el orden determinado por la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el apremiado.

- 2. Si por las circunstancias de la ejecución resultase imposible la aplicación de los criterios establecidos en el apartado anterior, el embargo de bienes se sujetará al orden establecido en el artículo 592.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *A tales efectos, se entiende que un crédito, efecto, valor o derecho es realizable en el acto o a corto plazo cuando, en circunstancias normales y a juicio del recaudador ejecutivo, teniendo en cuenta su vencimiento y de acuerdo con las circunstancias jurídicas del documento, puede ser realizado en un plazo no superior a tres meses.*

- 3. A solicitud expresa del deudor, que se consignará en la diligencia de embargo, se podrá alterar el orden de prelación establecido en este artículo si, a juicio del recaudador ejecutivo, los bienes que se señalan garantizan el cobro de la deuda con la misma eficacia y celeridad que los bienes a trabar con carácter preferente, siempre que no se irrogue o pueda presumiblemente causarse perjuicio a tercera persona con la adopción de dicha medida y sin que en ningún caso pueda posponerse el embargo de dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de depósito».

- Artículo 97: «*Embargo de créditos y derechos realizables*. 1. El embargo de créditos y derechos sin garantía se notificará a la persona o entidad deudora del apremiado, apercibiéndole de que, a partir de la fecha de la notificación, no tendrá carácter liberatorio el pago efectuado a su deudor. Cuando el crédito o derecho embargado haya vencido, aquélla

Lo que desencadena el ejercicio de la acción subrogatoria por parte de las Administraciones públicas (fundamentalmente, la AEAT y los órganos de recaudación de la Seguridad Social) es la calificación como *fallido* del crédito tributario en el previo procedimiento administrativo de apremio. Según el artículo 61.1 RGR, «*se considerarán fallidos aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito (...)*».

Este acuerdo se toma respecto de todos y cada uno de los obligados al pago resumidos en el artículo 35.2 LGT²⁰⁰, empezando por los deudores principales,

deberá ingresar en la cuenta determinada al efecto por la Tesorería General de la Seguridad Social el importe hasta cubrir la deuda. En otro caso, el crédito quedará afectado a dicha deuda hasta su vencimiento, si antes no resulta solventada.

Si el crédito o derecho consiste en pagos sucesivos, se ordenará al pagador ingresar en la cuenta determinada al efecto por la Tesorería General de la Seguridad Social su importe hasta el límite de la cantidad adeudada, en tanto no resulte solventado por la realización de otros bienes sin esperar a posibles devengos sucesivos.

2. Si se tratase de créditos garantizados, se notificará también el embargo al garante o, en su caso, al poseedor del bien ofrecido en garantía, que podrá depositarlo hasta el vencimiento del crédito. Vencido éste, sin pago de la deuda, se ejecutará la garantía según su naturaleza.

3. En ejecución forzosa de la deuda de Seguridad Social, el recaudador ejecutivo decretará la retención de los pagos que la Tesorería General de la Seguridad Social deba, en su caso, efectuar al apremiado, al que notificará que, llegada la fecha del vencimiento de pago, se aplicará su importe a la deuda conforme a las reglas generales de imputación. Una vez se efectúe dicha aplicación, se extinguirán los respectivos créditos por el importe aplicado».

²⁰⁰ «Artículo 35 LGT: *Obligados tributarios*.

1. Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias.

2. Entre otros, son obligados tributarios: a) Los contribuyentes; b) Los sustitutos del contribuyente; c) Los obligados a realizar pagos fraccionados; d) Los retenedores; e) Los obligados a practicar ingresos a cuenta; f) Los obligados a repercutir; g) Los obligados a soportar la repercusión; h) Los obligados a soportar la retención; i) Los obligados a soportar los ingresos a cuenta; j) Los sucesores; k) Los beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.

3. También tendrán el carácter de obligados tributarios aquellos a quienes la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias formales.

4. Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.

5. Tendrán asimismo el carácter de obligados tributarios los responsables a los que se refiere el artículo 41 de esta ley.

6. También tendrán la consideración de obligados tributarios aquellos a los que se pueda imponer obligaciones tributarias conforme a la normativa sobre asistencia mutua.

7. La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa.

Las leyes podrán establecer otros supuestos de solidaridad distintos del previsto en el párrafo anterior.

Cuando la Administración sólo conozca la identidad de un titular practicará y notificará las liquidaciones tributarias a nombre del mismo, quien vendrá obligado a satisfacerlas si no solicita su división. A tal efecto, para que proceda la división será indispensable que el

que son los «obligados [a] cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma», que merecen el nombre de «contribuyentes» y de «sustitutos del contribuyente» (artículo 36 LGT²⁰¹); pero todavía la Administración puede dirigirse también, dentro del procedimiento de apremio, contra los *responsables solidarios* (artículo 42 LGT) y contra los *subsidiarios* (artículo 43), con ciertas normas especiales²⁰².

Si no existieran responsables o, si existiendo, también resultan fallidos, el crédito es declarado *incobrable* por el órgano de recaudación y causa baja provisional por insolvencia, como dispone el artículo 62 RGC. En el aptdo. 2 de este artículo está la clave que activa la acción subrogatoria tan frecuentemente ejercitada en los últimos años por la AEAT: «*dicha declaración [la de incobrable] no impide el ejercicio por la Hacienda pública contra quien proceda de las acciones que puedan ejercitarse con arreglo a las leyes, en tanto no se haya producido la prescripción del derecho de la Administración para exigir el pago*». En esta remisión se apoya la AEAT cuando interpone demanda en ejercicio de la acción subrogatoria²⁰³.

§. Contextualizado el caso, hay que mencionar que en el procedimiento administrativo de apremio por deudas tributarias seguido por la AEAT contra la mercantil P. en cuyo patrimonio no se encontraron más bienes que los eventuales derechos de la deudora tributaria, cuya existencia era deducible de una anotación registral, derivados de un contrato de permuta de solar a cambio de casas de futura construcción que P. había celebrado con la empresa

solicitante facilite los datos personales y el domicilio de los restantes obligados al pago, así como la proporción en que cada uno de ellos participe en el dominio o derecho transmitido».

²⁰¹ «Artículo 36. *Sujetos pasivos: contribuyente y sustituto del contribuyente.*

1. Es sujeto pasivo el obligado tributario que, según la ley, debe cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma, sea como contribuyente o como sustituto del mismo. No perderá la condición de sujeto pasivo quien deba repercutir la cuota tributaria a otros obligados, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa.

En el ámbito aduanero, tendrá además la consideración de sujeto pasivo el obligado al pago del importe de la deuda aduanera, conforme a lo que en cada caso establezca la normativa aduanera.

2. Es contribuyente el sujeto pasivo que realiza el hecho imponible.

3. *Es sustituto el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma».*

El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la ley señale otra cosa».

²⁰² Existen normas especiales sobre la transmisión de la deuda en los supuestos de sucesión de personas físicas y destinatarios de los bienes y derechos y los partícipes/cotitulares de las fundaciones (artículo 39 LGT), normas de responsabilidad limitada en los supuestos de sucesores de personas jurídicas y entidades sin personalidad (artículo 40 LGT) y no sigo para evitar mostrar la evidencia de la que AEAT tiene asumida la intrincadas relaciones entre deuda y responsabilidad, derecho de crédito, derechos jurídicos–reales y demás.

²⁰³ Para el lector procesalista, remito a leer de nuevo los orígenes históricos de la acción subrogatoria y, en especial, a pensar –pero no mucho– en las especialidades que mencionaba BALDO sobre la reclamación de los créditos del fisco.

permutante MHV. En virtud de este contrato, P. cedió a MHV un solar a cambio de dos casas de futura construcción que MHV no le entregó nunca, sino que vendió posteriormente a MHD que, a su vez, se quedó con la propiedad de una de las casas y transmitió la otra a diversos particulares (frente a éstos no se dirigió la AEAT, no se sabe si porque los consideró adquirentes de buena fe o porque le resultó excesivo dirigirse contra un *quintus debitor debitoris*); en cualquier caso, a la Sala 1ª le llegó como un hecho consumado.

Declarado fallido el deudor tributario, la AEAT acude a la vía civil para ejercitar, en sustitución de P. (que no fue llevada al proceso), y al amparo de los artículos 1111 y 1124 CC, los derechos y acciones que asistían al deudor tributario en virtud del contrato de permuta. En concreto, las pretensiones de la demanda se dirigían a obtener, en primer lugar y en cumplimiento del contrato, la condena solidaria de MHV (*debitor debitoris*) y de MHD (*quartus debitor*) de entregar a P. la dos casas objeto de la permuta y, subsidiariamente, a resolver el contrato de permuta y a condenar a las codemandadas a restituir a P. el solar original permutado o, de ser imposible la restitución a causa de la protección de terceros de buena fe, a indemnizar a P. los perjuicios causados. Como se advierte, las pretensiones deducidas tenían difícil viabilidad tal y como habían sido planteadas, sin teoría del levantamiento del velo, sin haberse ejercitado la acción pauliana dirigida a revocar la transmisión de las casas ya construidas efectuada por MHV a favor de MHD y, en fin, con la finalidad de extender las consecuencias de un incumplimiento contractual de permuta a un adquirente sucesivo de dos unidades resultantes del solar originario, cuando al tiempo de presentarse la demanda resultaba palmaria la imposibilidad de cumplimiento *in natura* de restitución del solar permutado.

El Juzgado y –después– la Audiencia Provincial declararon resuelto el contrato de permuta y condenaron únicamente al *debitor debitoris* –la empresa MHV– a pagar a P. la cantidad que se reclamaba en concepto de indemnización. La AEAT demandante recurre entonces en casación la absolución de la empresa codemandada MHD –*quartus debitor*– por infracción de los artículos 1111 y 1124 CC, que, sorprendentemente, prospera.

§. El argumento utilizado por el TS para justificar la casación de la sentencia impugnada por infracción del artículo 1111 CC incurre en un defecto de *non sequitur* y es meramente voluntarista (la cursiva es mía):

«de todo lo dicho [sobre la finalidad y función de la acción subrogatoria en la jurisprudencia del TS, la que la doctrina civilista había proclamado, incluido CRISTÓBAL MONTES], aparece como consecuencia que el acreedor, “subrogado” en el puesto de su deudor, puede exigir del deudor de éste, *debitor debitoris*, el cumplimiento, la resolución o la indemnización y tal deudor, *debitor*, no sólo es el que contrató con él (permutante en el presente caso), sino también el que adquirió del anterior (comprador en este caso) la finca, consciente de que se mantenía la obligación de entrega de dos casas. En definitiva, esta acción alcanza no sólo al permutante, MARBELLA HILL VILLAGE, S.L., sino también al adquirente de éste, MARBELLA HILL DEVELOPMENTS, S.L.».

Por su parte, sobre la infracción del artículo 1124 CC que se estima en la sentencia, el TS acoge la pretensión principal de la demanda y *condena a*

ambas empresas codemandadas a entregar a la empresa P. la casa de la que MHD era propietaria, con el siguiente argumento:

«El motivo se estima. El contratante del contrato de permuta de cosa futura es MARBELLA HILL VILLAGE, S.L. y debe cumplir, pero también debe cumplir aquella sociedad que adquirió por compraventa la finca a sabiendas de que estaba pendiente de cumplir la obligación de entrega de dos casas a edificar; una de ellas está bajo la protección registral y la otra debe ser entregada al contratante PROINCASA»²⁰⁴.

A juicio de SIRVENT GARCÍA, que ha comentado esta sentencia, la solución del TS al caso, pese a su justicia material, es «técnicamente incorrecta y puede generar inseguridad jurídica». Pero lo dice desde postulados civiles, por la evidencia de que al amparo del artículo 1111 CC se está trasladando la obligación de pagar el precio de un contrato a un tercero, más allá de lo que permite el contrato de compraventa; desde sus postulados, el acreedor o tiene que ejercitar la acción rescisoria de esa compraventa o ese tercero es tan tercero como el resto de adquirentes de buena fe que podemos presumir que seguramente eran personas físicas. Desde el Derecho procesal lo que hay que subrayar es que la solución a la que llega esta sentencia contradice también la razonable doctrina que niega que el acreedor pueda, en sustitución de su deudor, ejercitar la acción subrogatoria que, a su vez, corresponda a éste como acreedor, en una suerte de cadena de legitimaciones por sustitución que podría extenderse al infinito²⁰⁵.

Este encadenamiento lo admite, en cambio, JORDANO FRAGA²⁰⁶ siempre que concurren todos los requisitos de la acción subrogatoria en todos los eslabones de la cadena, por el beneficio reflejo o indirecto que pueda producir en el patrimonio del deudor. En mi opinión, sin embargo, el razonamiento resulta forzado sin una norma que expresamente autorice a encadenar acciones subrogatorias, además de que –por definición– este razonamiento quiebra porque nunca se cumpliría el requisito de *instrumentalidad* en la acción subrogatoria de segundo grado, en cuanto que, así encadenada, su finalidad no sería nunca la reintegración del patrimonio del *debitor debitoris* para que su acreedor –el deudor sustituido o intermedio– pueda realizar lo que a él se le debe, sino de la de permitir la satisfacción del primer acreedor de la cadena mediante inferencias sucesivas en esferas de terceros.

A poco que los magistrados de la Sala 1ª del TS se hubieran detenido a examinar los presupuestos relativos a la acción subrogatoria, se habrían percatado de que la solución a la que apuntaban está vedada por la propia naturaleza intransmisible y extrapatrimonial de la misma «acción

²⁰⁴ La sentencia íntegra, de nuevo, es ésta: [STS núm. 591/2011 de 19 de julio de 2011 \(rec. 1267/2007\)](#).

²⁰⁵ Así, E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, reimpr., Milán, 1992, p. 259; R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 133; G. MONTELEONE *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, *cit.*, pp. 292-293; y G. GIAMPICCOLO, “Azione surrogatoria”, *loc. cit.*, p. 955.

²⁰⁶ F. JORDANO FRAGA. *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *cit.*, pp. 154-157.

subrogatoria». Pero no lo hicieron. Esta falta de análisis y el voluntarismo de la decisión arrojan –a mi entender– un juicio negativo sobre esta sentencia (que, por lo demás, no ha consolidado doctrina jurisprudencial hasta ahora).

6. ¿Naturaleza jurídica? de la acción subrogatoria

§. El segundo de los graves problemas dogmáticos que encierra la acción subrogatoria radica en esclarecer la naturaleza jurídica de esta figura, de la que se han postulado históricamente diversas teorías que exponemos a continuación. El recorrido de estas distintas teorías doctrinales no puedo ocultarlo.

6.1. PRIMERAS TEORÍAS CIVILISTAS

§. De entrada, pueden descartarse la *teoría de la cesión forzosa de derechos* y la *teoría del mandato* que sostuvieron los primeros civilistas para explicar el poder concedido por la ley al acreedor en la acción subrogatoria²⁰⁷. En el primer caso, por la razón de que en la acción subrogatoria el deudor sigue siendo titular de los derechos que, por su cuenta, ejercita el acreedor en su propio interés. No hacen falta muchas explicaciones para ver que el deudor de nuestro artículo 1111 CC no queda convertido en un cedente, ni su acreedor en un cesionario. En el segundo caso, porque el acreedor del artículo 1111 CC dista mucho de ser un mandatario *legal* sobre el que pese –artículo 1709 CC– la obligación de «prestar algún servicio hacer alguna cosa, por cuenta o encargo» del deudor intermedio; antes al contrario, el artículo 1111 CC confiere al acreedor un derecho, poder jurídico que no constituye una obligación y que está en las antípodas de desarrollarse en el marco de un negocio jurídico voluntario entre los sujetos concernidos.

6.2. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

§. Las observaciones anteriores inclinaron entonces a la doctrina –civilista– a explicar el poder del acreedor mediante la *teoría de la representación*, que, aunque hoy no goza de predicamento (salvo en Francia, donde se propone revitarlizarla²⁰⁸), reviste mucho interés en el tema que nos ocupa.

Desde la contemplación de que el acreedor –en la hipótesis del artículo 1111 CC– es titular de un *poder jurídico* que le consiente ejercitar los derechos de su deudor con efectos inmediatamente eficaces en la esfera de éste, muchos civilistas sostuvieron que el acreedor era un representante legal del deudor²⁰⁹.

²⁰⁷ Vid., por todos, A. GULLÓN BALLESTEROS, “La acción subrogatoria...”, *loc. cit.*, p. 25 y J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *cit.*, pp. 51-54.

²⁰⁸ Vid. *supra* nota 2.

²⁰⁹ Así, por ejemplo, DEMOLOMBE (vid. J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, p. 88, nota 219) o los italianos FERRARA (“Natura giuridica dell'azione surrogatoria”, en *Foro italiano*, 1904, I, pp. 1404-1405, donde la figura se caracteriza como «representación legal en interés propio», una «representación forzosa»), R. NICOLÒ (“Articolo 2900”, *loc. cit.*, pp. 25-39), EULA, (“Condizioni, modalità ed affetti della azione surrogatoria”, en *Codice Civile. Libro della tutela dei diritti*, II, Florencia, 1943, pp. 836-837), N. DISTASO,

La naturaleza de ese poder jurídico, según el máximo representante de esta teoría, Rosario NICOLÒ, es –por esa razón– una *potestad* «del todo análoga a la del titular de un oficio, del representante, del sustituto», aunque con dos matices (que hacen toda una diferencia, hay que añadir): 1º) que en la potestad del acreedor –a diferencia del representante legal o por razón del oficio– se entremezclan instrumentalmente «el cuidado del interés propio del acreedor y el cuidado del interés del deudor», razón por la cual la potestad del acreedor no constituye un *deber*, sino que está sujeta al juicio de discrecionalidad del acreedor; y 2º) que mientras que el representante realiza el interés del representado manifestando abiertamente obrar en nombre de éste, en el acreedor que obra *ex* artículo 1111 CC la *contemplatio domini* no es expresa, pero existe:

«cada vez que un sujeto extraño está legitimado para realizar actos jurídicos destinados a producir *inmediatamente* efectos en la esfera del titular y usa de esa legitimación ejercitando la potestad que de ella se deriva de realizar el interés del titular mismo, sustancialmente tiene lugar siempre un obrar *nomine alieno* (...) es una ilusión creer que el acreedor que usa del poder de ejercitar los derechos del propio deudor obre en nombre propio»²¹⁰.

Según esta postura, nos hallaríamos, pues, ante una representación que presenta como características:

- 1ª) la *limitación del poder* del representante (en cuanto no permite operar en el campo negocial, ni respecto de cualquier clase de derecho);
- 2ª) su *carácter legal* e impuesto al deudor intermedio;
- 3ª) ser de *tipo indirecto* pero sin heteroeficia en términos procesales para el representado, sino sólo por los *efectos jurídico-materiales* que se sigan del obrar del acreedor²¹¹; y
- 4ª) el estar, además, dada *en interés del representante*, lo que remite a la figura –y las funciones– del *procurator in rem suam* (SACCO²¹²).

(“L'azione surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 286-289) y R. SACCO (“Osservazioni sulla figura del creditore che procede in via surrogatoria”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1955, pp. 29-134). En España se han adscrito a esta teoría, entre otros, A. GULLÓN BALLESTEROS, “La acción subrogatoria”, *loc. cit.*, p. 118, y J. GÓMEZ CALERO, *La acción subrogatoria...*, *cit.*, pp. 34-40. Nuestro TS también recepcionó esta doctrina en su STS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1942 (RJ 1942, 636) en la que afirmó que «el supuesto en contemplación (...) es el de un tercero acreedor que, en nombre del que es titular del derecho, lo ejercita en propio provecho»; y que «la acción subrogatoria no es sino un medio de vencer las consecuencias de una posible inacción del deudor que permite ejercitar las acciones de éste, sin implicar un cambio de acreedor».

²¹⁰ R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 36.

²¹¹ La explicación procesal de esta enigmática frase –dirigida a civilistas– está más adelante, en el 7.4. Eficacia jurídico-material de la sentencia y límites subjetivos de la cosa juzgada material en la “acción” subrogatoria, pp. 442 y ss.

A los procesalistas se ha de remitir a los problemas que presenta la eficacia de la gestión oficiosa de negocios ajenos, analizados en 2. La figura de la gestión de negocios ajenos en el proceso.

Además, a NICOLÓ hay que relativizar sus posiciones sobre la naturaleza del poder del acreedor, porque la función satisfactiva de la acción subrogatoria la cumple *el pignoramento presso terzi* de su ordenamiento.

§. Como se adivinará, aun siendo ya amplia la figura de la representación cuando viene definida por la nota de la gestión de intereses ajenos²¹³, la caracterización de la acción subrogatoria como representación desborda hoy los confines de la representación, por elásticos que sean, cuando se trata de reconducir a ella una representación legal que se extiende a sujetos capaces, en interés del propio representante, que, además, es parte en el proceso, y que: a) si se trata de un proceso declarativo, puede concurrir con el ejercicio de los mismos derechos por el representado, lo que diluye la situación de sujeción de éste; y b) si se trata de un proceso de ejecución, puede concurrir, además, con otros acreedores, aunque raros serán los casos en que –entonces sí– nos encontremos ante un problema de insolvencia concursal.

Desde la propia doctrina civilista se ha observado la evidencia de que «el ejercicio del derecho ajeno en interés propio implica necesariamente la existencia de un derecho subjetivo propio del acreedor»²¹⁴ y se inclinó por buscar la naturaleza del poder del acreedor fuera de la representación. Y, por su parte, la doctrina mercantilista abrió la posibilidad de medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso. Así lo ha hecho también la práctica totalidad de la doctrina civilista actual²¹⁵ y hoy valen estas mismas

²¹² R. SACCO, “Osservazioni sulla figura del creditore che procede in via surrogatoria”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1955, pp. 29-67.

En esta línea también se posicionó inicialmente GULLÓN BALLESTEROS porque la figura del *procurator in rem suam*, al constituir una forma de representación en la que el representante también tiene interés propio, era la «única postura que explica satisfactoriamente el ejercicio extrajudicial de los derechos del deudor» (“La acción subrogatoria”, *loc. cit.*, p. 118); pero la descartó después (en “Caracteres generales de la acción subrogatoria...”, *loc. cit.*, p. 26), tras las muchas críticas dirigidas contra esta explicación; entre otras, que el *procurator* romano sí hacía suyo el provecho patrimonial de la acción ejercitada, puesto que se creó para superar los inconvenientes de la intransmisibilidad del crédito en Roma. Hay que apostillar que se creó para eso, pero que en la Edad Media se empezó a utilizar –y por algo sería– como medio alternativo a la *missio in nominibus creditoris* del proceso de ejecución, como hemos visto con BALDO. Por tanto, la propia “historicidad” de la crítica carece de consistencia. Hoy el problema es otro: el de preservar la audiencia del deudor intermedio y de articularla también frente a un eventual acto de embargo de derechos y, se quiera o no, la representación indirecta tampoco permite obviar aquella exigencia. Y si es legal, con menor motivo, como muestra el concurso de acreedores. Desde el Derecho procesal tenemos que defender los límites subjetivos de la cosa juzgada.

²¹³ Vid. aptdo. 2.1.2. *Teorías sobre los efectos de la gestión de negocios ajenos*, pp. 489 y ss.

²¹⁴ A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, *cit.*, p. 86.

²¹⁵ Así lo ha hecho también la práctica totalidad de la doctrina civilista patria, que ha abandonado la teoría de representación en la acción subrogatoria. Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, “Caracteres generales de la acción subrogatoria...”, *loc. cit.*, p. 25; L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. II, *cit.*, p. 743; J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *cit.*, pp. 54-57; Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, pp. 75-76; M. I. POVEDA BERNAL, *La legitimación subrogada...*, *cit.*, p. 42-43; J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 90-92; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, “Surrogatoria (azione)”, *loc. cit.*, pp. 11-12.

consideraciones desde el Derecho procesal, a las que se debe unir la observación de que cualquiera que sea el modo en el que se haga obrar al acreedor «en representación» de su deudor debe articularse un mecanismo que preserve su derecho de audiencia, en la medida en que éste sigue siendo un sujeto capaz y en que el origen de esa representación no tiene carácter voluntario para el pretendido representado²¹⁶.

6.3. IMPOSTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PRIVADO (I): DE LA «ACCIÓN» A LA «SUSTITUCIÓN PROCESAL» Y A LA «LEGITIMACIÓN» EXTRAORDINARIA DEL ACREEDOR

§. Hoy en día la mayor parte de la doctrina incardina el poder del acreedor en la *legitimación extraordinaria*, aunque otra teoría muy próxima –y anterior en el tiempo– es la que postula que el poder jurídico que el artículo 1111 CC confiere al acreedor es una *acción*. Ambas posturas, cuando se contempla el fenómeno jurídico desde su perspectiva estática, están diciendo lo mismo: las dos son técnicas de las que se sirve el legislador para proteger intereses que estima dignos de protección y a ambas subyace una posición legitimante que hunde sus raíces en el Derecho sustantivo, lo que ha dado pie –por otro lado– a que la doctrina civilista, insistiendo en el posible ejercicio extrajudicial del poder subrogatorio y valiéndose de las construcciones dogmáticas sobre la legitimación, ubique la acción subrogatoria en el Derecho sustantivo.

Lo crucial para determinar la naturaleza jurídica de la llamada acción subrogatoria es despejar la incógnita de si tiene –como aquí se sostiene– naturaleza procesal o, por el contrario, naturaleza material; de ello depende dotarle de una configuración legal que permita abordar mejor la tutela del acreedor, que es –en definitiva– de lo que se trata. La cuestión no es sencilla de resolver, pese a –o precisamente a causa de– la inflación doctrinal sobre los conceptos de acción y de legitimación en los que se ha buscado esa naturaleza y que han terminado convirtiendo a la acción subrogatoria en el terreno en el que, desde la distancia, se ha intentado probar, en términos de validez, cada respectiva postura sobre aquellos otros conceptos. No podemos ahorrarnos el viaje de exponerlo, pero tenga presente el lector que el truco de prestidigitación está en la sustitución *procesal* del deudor intermedio.

6.3.1. Origen de las teorías procesalistas. La acción subrogatoria como *acción*

§. El precursor de las teorías procesalistas sobre la acción subrogatoria fue CHIOVENDA²¹⁷, quien vió en el entonces vigente artículo 1234 *cc* italiano de 1865 el ejemplo perfecto para ilustrar su concepción sobre la acción como derecho potestativo de ejercicio judicial que pone en funcionamiento la condición para que actúe la voluntad de la ley en el caso concreto. Pero, como

²¹⁶ Sobre esta cuestión *vid. infra*. 7.4. Eficacia jurídico-material de la sentencia y límites subjetivos de la cosa juzgada material en la “acción” subrogatoria, pp. 442 y ss.

²¹⁷ G. CHIOVENDA, “L’azione nel sistema dei diritti”, en *Saggi di Diritto processuale civile* (1900-1930), vol. I, Roma, 1930, pp. 53-54, nota 10.

ya pusiera de manifiesto MONTELEONE²¹⁸, la importancia del maestro italiano en esta materia no debe ser exagerada, porque –paradójicamente– CHIOVENDA no llegó a dar el paso de afirmar que el acreedor –o el sustituto procesal– fuera titular de su propio derecho de acción²¹⁹. Fueron los procesalistas que le siguieron –como se observa con más claridad en BETTI y en ALLORIO²²⁰– quienes, advirtiendo la condición de parte del acreedor en el proceso, dieron este paso cuyo testigo recogió GARBAGNATI extendiéndolo a la figura de la sustitución procesal²²¹.

Hoy en día resulta difícil negar que el acreedor del artículo 1111 CC actúa provisto de su propio derecho de acción, pese a las dos críticas que se han dirigido a esta tesis: una, la del carácter indeterminado del derecho de acción del acreedor; la otra, la del posible, aunque residual, ejercicio extrajudicial de actos en sustitución del deudor. Aunque ninguna de estas objeciones es determinante para negar la tesis frente a la que se dirige, la consecuencia ha consistido en imposter el supuesto de la acción subrogatoria en el terreno de la legitimación y, más precisamente entre los procesalistas, en la figura de la sustitución procesal, lo que dificulta grandemente su comprensión (y, sobre todo, está haciendo padecer hoy el derecho a la defensa del deudor intermedio).

§. A la acción subrogatoria como verdadera acción (= derecho subjetivo público, con independencia ahora de su contenido concreto o abstracto) se criticó, en primer lugar, que el acreedor no ejercita *ex* artículo 1111 CC una acción de contenido singular, sino –exactamente– la que corresponde al deudor intermedio, porque no existe un tipo de acción de contenido particular –con una *petitio* definida– que quepa relacionar con la llamada acción subrogatoria que, por este motivo, se convertiría en un *tipo de tutela más*, al mismo nivel que la acción declarativa y que la acción ejecutiva, como *tertium genus*²²².

²¹⁸ G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., pp. 196-201.

²¹⁹ La contradicción proviene de que el autor italiano atribuye, de un lado, la titularidad de su derecho potestativo de acción al sujeto asistido de razón (que, en el caso de la acción subrogatoria, sería el *deudor* titular de los derechos) y hace consistir la legitimación en la coincidencia del actor con aquel titular, mientras que, de otro lado, como cuestión distinta de la acción, distingue la iniciativa y la validez del proceso instaurado en virtud de la concurrencia de presupuestos procesales, entre los que CHIOVENDA ubica la «sostituzione processuale», caracterizada por que un sujeto distinto del titular es parte (aunque –insólitamente– sin ser titular de la acción).

²²⁰ Vid. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 157-166 (vid. *supra* Parte I, aptdo. 4.2. Emilio Betti y la noción de sustitución procesal, pp. 110 y ss.); y E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, reimpr 1992, pp. 249-256 (analizado *supra* Parte I, aptdo. 5. Enrico Allorio y la falta de «alargamiento» de la cosa juzgada al sustituido, pp. 113 y ss.).

²²¹ Vid. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 98-131 y 136-137 (y *supra* Parte I, aptdo. 6. La obra de GARBAGNATI tras la positivización de la *sostituzione processuale* en el artículo 81 del *Codice di procedura civile*, pp. 119 y ss.).

²²² Así, R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 20; R. SACCO, “Osservazioni sulla figura del creditore che procede in via surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 29-30; G. GIAMPICCOLO, “Azione surrogatoria”, *loc. cit.*, p. 951; y Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 14-15.

Esta observación, que se permitió NICOLÒ hacer es del todo atinada y del todo relativa. Primero, porque lo afirma desde las coordenadas del Derecho italiano, donde existe el *pignoramento presso terzi* y, segundo, porque incurre en el equívoco de presentar la acción subrogatoria, como mecanismo *instrumental* que es, como una acción radicalmente autónoma, que es como la dibuja el artículo 2900 cc., precisamente como alternativa al *pignoramento presso terzi*.

§. En España, el origen del equívoco está en la existencia de un precepto como el artículo 1111 CC, con su rica descripción justiniana de *acción* que permite ejercitar los «derechos y acciones» del deudor, y la consecuente dependencia que este precepto y –por añadidura, de la sustitución procesal– ha generado en la doctrina procesalista moderna y sus teorías sobre el derecho de acción.

Si hubiera que valorar como una acción al uso la llamada acción subrogatoria – como ahora hacemos–, la crítica apuntada merecería los reproches de que: 1º) nuestro ordenamiento no está constituido por un catálogo de acciones típicas al modo romano, salvo –acaso– por la acción subrogatoria; y 2º) el carácter indeterminado del objeto de la acción subrogatoria no es –primero– una objeción que alcance a negar la evidencia de que el actor actúa provisto de su propio derecho de acción, que no es el del deudor; y –segundo– que aquel carácter es sólo consecuencia de que su objeto viene determinado *per relationem*, por referencia al derecho del deudor intermedio –en los términos ya vistos– que en cada caso deduzca el acreedor.

Una vez determinado el derecho en cuestión –lo que, a nuestro juicio, puede ocurrir mediante un acto de embargo en el proceso de ejecución, pero sólo si se pone la acción subrogatoria al servicio del embargo–, la acción subrogatoria – porque éste fue el modelo que nos dimos o nos dieron en el siglo XIX– es aparentemente tan acción como cualquiera otra de objeto predeterminado, sólo que aderezada –en el caso de la subrogatoria– con los más variados problemas jurídico-procesales de los que es capaz la realidad del siglo XXI, como conoce la doctrina procesalista que se ha internado en el estudio de un régimen jurídico-procesal para dotarla de normas procesales específicas.

Por lo que se refiere a la crítica consistente en que el carácter indeterminado de la acción subrogatoria la convierte en una tercera clase de tutela posible, hay también que relativizarla. Primero, porque en parte es verdad: es lo que se hace cada vez que se exploran los medios directos e indirectos de tutela del acreedor o los remedios contra la insolvencia. Pero, segundo, la crítica no es merecida ni acertada cuando se emplea para negar el hecho –evidentísimo– de que el acreedor es titular de su propio derecho de acción en ese proceso. El error radica en presentar como una facultad/derecho/acción del acreedor el artículo 1111 CC, olvidando la situación de sujeción del deudor intermedio, lo que conduce a afirmar que el acreedor “sustituye” física y jurídicamente a su deudor –porque *puede* o se lo permite el ordenamiento– cuando se dirige en solitario frente al *debitor debitoris*.

Los problemas del artículo 1111 CC son otros. La cuestión de si constituye un *genus* diferenciado de tutela –o, mejor, dotado de cauces específicos para impetrar la tutela de que se trate– dependerá del enfoque doctrinal que se dé al

resultado que arrojen las distintas técnicas que se apliquen para resolver los problemas que presentan y requieren los acreedores de hoy.

§. Cuando tratamos de las funciones de la acción subrogatoria, sostuvimos –con todas las prevenciones posibles– que la definición de la función conservativa o ejecutiva de la acción subrogatoria en función de los pronunciamientos que se persigan con ella está relativamente mal impostado, porque su finalidad es siempre la misma: la reintegración del patrimonio del deudor. Se puede conseguir este fin de muchas maneras y dependerá de las técnicas empleadas y, al cabo, de la definición de los derechos propios del sujeto y de los auces que el ordenamiento predisponga.

Hoy la llamada «acción subrogatoria» determina su objeto *per relationem* y consiste siempre en lo mismo: *realizar el derecho del deudor con el consiguiente aumento patrimonial que permite consumir, llegado el momento, la acción ejecutiva del acreedor*. Ver en esto un *tertium genus* entre la tutela declarativa o la tutela ejecutiva –o la cautelar– responde al estado de indefinición en el que se mueve la “acción” subrogatoria: o definirla por *aquello en lo que externamente consiste* (exclusivamente hoy, según nuestro ordenamiento, en el ejercicio *autónomo* de acciones o pretensiones jurídico-procesales relativas a la ajena situación jurídica del deudor intermedio en el proceso declarativo que corresponda), o definirla –como creemos más acertado– por *aquello a lo que instrumentalmente sirve y es su fin*: el incremento de patrimonio realizable del deudor a través del ejercicio de sus derechos frente a un tercero, y hasta los límites a los que alcance los derechos del deudor intermedio.

Si se considera esta última perspectiva se advierte que podemos ponerla al servicio de realización de aquellos embargos de créditos controvertidos que la ley –procesal– disponga a favor del acreedor embargante, sin perjuicio de la vía declarativa –alternativa o posterior– que puede resultar necesaria en supuestos especiales. En cualquier caso, mientras se siga considerando la acción subrogatoria únicamente como una acción de declaración al uso, no debe extrañar que insignes procesalistas hayan considerado que el acreedor del artículo 1111 CC *no es* titular de ningún derecho de acción propio, sino tan sólo de la mera facultad procesal de ejercitar la acción del deudor, que es lo que presupone la figura de la sustitución procesal²²³. Sin embargo, para ser

²²³ Vid., entre otros, C. CONSOLO, “Azione surrogatoria”, en *Casi e questioni di diritto privato*, XIV, coord. Borré y otros, Milán, 1997, p. 356; y J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 368-369 y 381, donde el autor empieza precisando que el concepto de «acciones» al que alude el artículo 1111 CC y la propia denominación de «acción subrogatoria» no está empleada en sentido técnico procesal y termina manteniendo que la acción del acreedor no es sino la del deudor: «precisamente lo que hace el acreedor es ejercitar la acción del deudor. No existe una verdadera acción distinta de la que ya tiene el deudor y no hay verdadera subrogación» (*op. cit.*, p. 369); «la competencia objetiva no sufre alteración alguna por el hecho de que la acción se ejercite por el acreedor sustituto» (p. 380); «si se trata de que el acreedor ejercita la acción de su deudor y no una acción propia, no parece dudoso que el pacto de sumisión expresa entre el sustituido y el *debitor debitoris* le afecta» (p. 381). Antes, en su obra *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, la cosa era un poco más clara, aunque no

consecuentes con esta segunda perspectiva adoptada, debería precisarse que una cosa es considerar *a ciertos efectos* como idénticos algunos elementos de las acciones del acreedor sustituto y del deudor intermedio y otra distinta es negar la evidencia de que: 1º) al acreedor le asiste un verdadero derecho subjetivo de dirigirse a los tribunales para deducir y obtener un pronunciamiento –favorable, si se dan otras condiciones– sobre las pretensiones deducidas; y 2º) ese derecho le es enteramente propio, aunque no lo sean los bienes u objeto mediato del proceso, de manera que una resolución judicial que lo obstaculice o niegue arbitrariamente vulnera el propio derecho del acreedor demandante, no el ajeno del deudor intermedio.

No tiene, pues, nada de extraño que algunos autores, sin ceder a tentaciones dogmáticas, hayan terminado por definir la acción subrogatoria como una acción sin fundamento autónomo que hay que reconducir al «derecho que tiene el acreedor de proceder a la ejecución o de pedir una medida conservativa» (CICU²²⁴); una figura dotada de «características estructurales y funcionales autónomas respecto de la representación y de la sustitución» (PATTI²²⁵); o como un «supuesto autónomo especialmente configurado por la ley en atención a los intereses que mediante esta figura se trata de proteger» (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN²²⁶).

6.3.2. La acción subrogatoria como supuesto de sustitución procesal o de legitimación extraordinaria

§. El carácter congénitamente abstracto o indeterminado del objeto de la acción subrogatoria en el artículo 1111 CC –y sólo en este contexto del artículo 1111 CC– acentúa la importancia de los sujetos como elementos de esta acción. Puesto –así– el foco de atención en el acreedor, era sólo cuestión de tiempo que el estudio de la *sostituzione processuale* chiovendiana se trasladara del estudio de los presupuestos procesales al terreno de la legitimación, no sin serias reticencias.

§. Es otra –¿feliz?– aportación de Giuseppe CHIOVENDA el haber relacionado las contribuciones de la doctrina germana sobre la sustitución procesal con la acción subrogatoria, desconocida en el ordenamiento alemán, pero también en

exenta de alguna contradicción. De un lado, se sostenía que «esta acción [la subrogatoria] no existe autónomamente como tal; es decir, el artículo 1111 CC no configura una acción distinta de la que corresponde al deudor contra su deudor, sino que se limita a permitir que el acreedor la ejercite en virtud de la legitimación expresa que se le concede» (p. 55). Pero también se afirmaba, simultánea y contradictoriamente, que «lo que le concede el artículo 1111 CC al acreedor (...) es un poder para ejercitar “acciones” ajenas» (p. 55); «la acción subrogatoria no confiere al acreedor derecho material alguno, y sí un derecho procesal (...) a éste [el acreedor] no le da nada que no tuviera antes, pues lo que se le reconoce es un derecho procesal» (p. 55). El derecho procesal al que aluden estas palabras es, según el propio autor, «un derecho procesal consistente en ejercitar un derecho de su deudor para integrar el patrimonio de este» (p. 90); lo que no se entiende son las reticencias para llamar *acción* a este derecho procesal.

²²⁴ A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 99.

²²⁵ S. PATTI, “L'azione surrogatoria”, loc. cit., p. 115.

²²⁶ L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. II, cit., p. 743.

el austriaco y en los derechos anglosajones. Cabe, en cambio, dudar, que su posterior deriva sea genuinamente chiovendiana.

Para CHIOVENDA –recordemos²²⁷– la sustitución procesal es, de un lado, un *poder jurídico*: «el poder de pedir *en nombre propio* la actuación de una voluntad de ley que garantiza un bien *para otro*»²²⁸; una situación de expropiación de ejercicio, decía. Pero también es un supuesto excepcional de la regla de normal coincidencia entre la *legitimación* y la *titularidad del derecho deducido* que el maestro italiano incluye, no entre las condiciones que determinan la estimación o desestimación de la demanda como en los supuestos normales, sino entre aquellas otras que condicionan que el tribunal pueda y deba pronunciarse sobre el objeto de la demanda. Así colocada entre los presupuestos procesales, es natural que su atención se centrara, sobre todo, en diferenciarla de su figura más próxima, la representación. Y también es natural que, desde sus premisas, no afirmara –no podía hacerlo– que la legitimación es la titularidad de la acción (puesto que, según este autor, cuando la legitimación es ordinaria es una condición más del derecho de acción en sentido concreto y cuando es por sustitución, un presupuesto procesal).

§. Impostar en este terreno la acción subrogatoria complica sobremanera la definición de su naturaleza jurídica, fundamentalmente porque se pierde de vista *aquello en lo que consiste* la acción subrogatoria –y su fundamento y finalidad– y se centra la atención sólo en un aspecto, el subjetivo, que –por fuerza– cobra una dimensión desproporcionada. De esta forma, a los problemas de su naturaleza jurídica se suman, de un lado, el de la relación que existe entre *legitimación* y *acción* desde la perspectiva estática del Derecho como sistema jurídico ordenado y dotado de validez y, de otro lado, el problema –procesal– de la legitimación desde el punto de vista dinámico, que no es otro que el de si su falta puede constituir o no un óbice procesal. Y a todo esto añádase que siempre planea la duda acerca del doble sentido en el que se emplea el concepto de *legitimación*: si en un sentido *material* (como cualificación jurídica del sujeto indicado abstractamente por la norma para poder deducir una pretensión o afirmar una acción), o en un sentido *procesal* (para poder tener por *parte* a un sujeto concreto en un proceso, por la atribución –hecha en la demanda– de aquellas cualificaciones).

Fácilmente se entenderá que no es el caso volver a desarrollar en esta sede ni debatir ahora la naturaleza de la legitimación –en realidad, no es objeto de este trabajo, aunque ha sido difícil soslayarlo²²⁹–, sino tan sólo la de la acción subrogatoria, de la que pocas dudas ofrece que la titularidad del derecho que se dibuja en el artículo 1111 CC a favor del acreedor no puede tener más contenido que *el que abstractamente consiste en que se dicte resolución sobre la pretensión deducida, basada doblemente en una relación jurídico-material*

²²⁷ Vid. *supra* Parte I, 2. La «sostituzione processuale» en la obra de Giuseppe Chiovenda, pp. 80 y ss.

²²⁸ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, vol. I, *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, Nápoles, 1933, p. 54.

²²⁹ Vid. *supra* el Capítulo V, pp. 223 y ss.

propia y otra ajena, y cuya estimación o desestimación dependerá de que se prueben la doble existencia de los derechos afirmados por el acreedor: el o los que vinculan al acreedor con el deudor intermedio y el o los que vinculan a éste con el *debitor debitoris*. Sólo recordaremos –para dar una idea del problema que encierra la legitimación en este supuesto– que esto por sí mismo no convierte la legitimación en un *presupuesto de suyo procesal*: en el silogismo acción subrogatoria = legitimación del acreedor = titularidad del derecho abstracto de acción = presupuesto procesal, el término defectuoso es este último, salvo que para superar esta objeción –y esta fue la dirección tomada la doctrina– se haga consistir la legitimación, aprovechando el carácter contingente y puramente legal de los presupuestos procesales, en *presentarse como* los sujetos a quienes o frente a quienes la ley autoriza a deducir un derecho en su favor, que hay que buscar sólo mirando el aptdo. 1 del artículo 10 LEC y el aptdo. 2 del artículo 5 LEC (para la legitimación material pasiva, que corresponde «a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida»). Si lo hacemos así, veremos entonces al acreedor como un sujeto dotado de legitimación procesal y como *titular* del derecho de acción abstracto y totalmente propio cuando ejercita la acción subrogatoria o de alguna manera la invoca en el proceso cuando a ello le obliga el artículo 1111 CC, deduciendo –*ex* artículo 400 LEC– cuantos hechos y títulos jurídicos puedan basar lo que pide.

§. El caso es que, a partir de CHIOVENDA, se empieza a consagrar –sobre todo en Italia, con su nuevo artículo 81 *cpc*– que el acreedor es un *sustituto procesal* (de su deudor, como sujeto sustituido) al que la ley legitima para ejercitar en nombre e interés propio el derecho del deudor y con eficacia para éste, por la identidad fenomenológica entre acción subrogatoria y sustitución procesal: lo mismo –se dice²³⁰– que el acreedor en la acción subrogatoria

²³⁰ Así, entre otros muchos, V. GALANTE, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles, 1909, p. p 389 y 771-772; B. GALLI, “Sul concetto di parte e sul mandato alle liti nel processo civile”, en *La Legge*, L, núm. 5, 1909, *separata*, pp. 6-7; F. CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Milán, 1910, ed. Facsímil, Padua, 1992, pp. 478-479; P. D’ONOFRIO, *Identificazioni delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, 1924, pp. 109-111; M. T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milán, 1916, pp. 212 y *Diritto processuale civile*, I, 6ª ed., Turín, 1964, pp. 343-351; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. pp. 162-163, y *Teoría de las obligaciones*, cit., pp. 379-382; 3; G. NENCIONI, *L’intervento volontario litisconsorziale nel processo civile. Contributo ad una nuova sistematica dell’intervento*, Padua, 1936, pp. 118-121 [v.e. disponible en http://nencioni.sns.it/fileadmin/template/allegati/pubblicazioni/1935/Processo_1935.pdf]; C. VOCINO, “La testimonianza del debitore surrogando”, en *Temi Emiliana*, 1940, I, 1, pp. 307; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milán, 1942, pp. 225-226; N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Turín, 1944, p. 275; A. GIOIA, *L’azione surrogatoria nel diritto vigente*, Nápoles, 1955, pp. 13 y ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milán, 1957, p. 125; G. BRUNELLI, “Azione surrogatoria”, en *Novissimo digesto Italiano*, t. II, Turín, 1957, p. 182; R. DA PARMA, “Riflessioni sulla surrogatoria (... e sulla riscuacatura di sentenze in Arno), en *Il Diritto Fallimentare*, 1961, parte 2ª, p 760; G. COSTANTINO, “Legittimazione ad agire”, loc. cit. p. 8; F. TOMMASEO, *Appunti di Diritto processuale civile. Nozioni introduttive*, 3ª ed., 1995, Turín, pp. 208-210; E. FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto processuale*, 8ª ed., Milán, 1996, pp. 334-338; L. MONTESANO y G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I (*Le disposizioni generali*), 3ª ed., Turín, 1999, pp. 266-

ejercita en nombre e interés propio el derecho del deudor, el sustituto procesal –se repite como un eco– ejerce el derecho ajeno porque la ley expresamente le autoriza en atención a una posición jurídica propia que el legislador trata de tutelar indirectamente. Y esto se erige en la *prueba* de la autonomía del derecho de acción respecto del derecho subjetivo material, si no fuera porque, en verdad, se trata de la “prueba del nueve” en sentido matemático (que sirve para detectar errores, pero no para garantizar la exactitud de la operación).

Son muy ilustrativas, en el primer sentido, las palabras de GARBAGNATI²³¹:

«El estudio de la sustitución procesal reviste una importancia indudable también en relación con la teoría de la acción, dado que la demostración de la titularidad, por parte del sustituto, del poder de acción sobre una relación jurídica del sustituido constituye una ulterior prueba del carácter autónomo de la acción misma».

Pero, como objetó MONTELEONE, si la autonomía e independencia de la acción respecto del derecho subjetivo se demuestra con la existencia de supuestos que deben considerarse excepcionales, es que «el principio general no es el de la autonomía de la acción, sino al contrario de su estrecha relación con el derecho subjetivo»²³².

§. En esta línea de pensamiento siempre procesal, se sitúa la sustitución procesal en la categoría más general de la legitimación, cuyo estudio discurre

268; A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, 3ª ed., Nápoles, 1999, pp. 311-316; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I (*Nozione introduttive e disposizioni generali*), 13ª ed., Turín, 2000, pp. 55-58; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. II, Turín, 2010, pp. 169-177; N. PICCARDI, *Manuale del processo civile*, 2ª ed., Milán, 2010, pp. 149-150.

Ya en España, la recepción de la acción subrogatoria en la sustitución procesal puede encontrarse en las obras de Á. ENCISO, “Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1936, junio, p. 224; ÁVILA ROMERO, “Estudio sobre la legitimación”, *Revista General de Derecho*, 1961, núm. 196, pp. 220-221; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, 8ª ed. Madrid, 1976, pp. 142 y 144, T. MUÑOZ ROJAS, “Parte y justa parte en el proceso civil”, en *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre-diciembre 1960, p. 67; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III (*Derecho de obligación*), 13ª ed., 1983, pp. 280-282; P. CACHÓN VILLAR, “El acceso a la jurisdicción civil (I): la titularidad de derechos e intereses legítimos: legitimación de las partes. Intervención de terceros. Protección de intereses difusos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1992, *separata*, p. 9; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 1992, p. 258; J. MONTERO AROCA (*La legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, p. 52 y *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, pp. 355 y 367 y ss.); M. LOZANO-HIGUERO PINTO, “Artículo 10”, en *comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Valladolid, p. p. 159; NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, *cit.*, pp. 90-91; J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, *cit.*, pp. 114-116; P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia, 2008, pp. 340-354.

²³¹ E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, *cit.*, p. 131.

²³² G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, pp. 212); como vamos a ver, MONTELEONE niega que incluso en la acción subrogatoria se verifique una total disociación entre acción y titularidad de un derecho privado, porque al acreedor –o al sustituto procesal– le está dada la acción en virtud de una posición jurídica propia, lo que nadie niega hoy.

por dos sendas paralelas: una es que la añeja *legitimatio ad causam* empieza a mudar de piel y a distinguirse –gracias a la nueva dogmática procesal– de la prueba sobre la efectiva titularidad de la relación jurídica de fondo; la otra es que, en las nuevas abstracciones sobre la legitimación, la sustitución procesal pronto *fagocita* a la acción subrogatoria –aunque para ésta se proponen denominaciones alternativas, como *legitimación subrogatoria* para el artículo 1111 CC²³³ o *las legitimaciones subdiarias* de la LC–, y tanto la una como la otra pasan a concebirse como una *legitimación legal para el ejercicio de derechos y acciones ajenos*²³⁴ que, generalizada a otros supuestos en los que se cree ver un fenómeno semejante pero nunca tan nítido como en la acción subrogatoria, se presenta como de segundo grado –y de carácter extraordinario– respecto de la que compete al titular de la *res de qua agitur*²³⁵ y de la que se llega a proponer que sea tratada en el proceso como una cuestión preliminar de carácter procesal, de forma separada al examen de fondo sobre la pretensión ajena²³⁶; con lo que esta idea, que todavía rememora la vieja *legitimatio ad processum*, no supuso un gran avance respecto de la que sí tuvo lugar en la llamada legitimación ordinaria.

A estas alturas, si nadie ha entendido el sentido de las páginas que se llevan escritas hasta ahora y está hecho un verdadero lío que le impide entender “la naturaleza” de la acción subrogatoria, es el momento de abordar otro análisis sobre la posible impostación de la acción subrogatoria poniéndola al servicio de la realización de embargo de derechos controvertidos.

6.4. IMPOSTACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO (II): LA «ACCIÓN» SUBROGATORIA AL SERVICIO DEL EMBARGO DE DERECHOS CONTROVERTIDOS POR EL DEBITOR DEBITORIS

§. En el ámbito del proceso encuentra –en mi opinión– la acción subrogatoria su mejor explicación, aunque su metamorfosis en sustitución procesal presenta serias reticencias tanto entre los estudiosos del Derecho civil y como –en mucho menor medida– en los del Derecho procesal.

²³³ Así, R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 26; N. DISTASO, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, p. 285; C. DEL GIUDICE, “Azione surrogatoria”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1957, pp. 827-829; S. PATTI, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, p. 115; G. STELLA, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, p. 291 y 314; Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, p. 88; F. JORDANO FRAGA, “La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC)”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril 1997, pp. 502 y ss. [v.e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1997_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=2].

²³⁴ Así, J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *cit.*, pp. 57 y 59.

²³⁵ En el mismo sentido, M. T. ZANZUCCHI, “La «sostituzione processuale» nel nuovo codice di procedura civile”, en *Monitore dei Tribunali*, XIX, 1942, pp. 4.

²³⁶ *Vid.*, por todos, E. BETTI, *Diritto processuale civile*, *cit.*, pp. 162-163; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *cit.*, pp. 265-257; S. PATTI, “L’azione surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 126-127.

6.4.1. La ¿existencia? de un poder jurídico-material de sustitución inherente al derecho de crédito

§. Desde el ámbito del Derecho procesal, a las voces críticas que se alzaron contra la equiparación entre acción subrogatoria y sustitución procesal se unen las de quienes cuestionaron la figura de la sustitución procesal en sí, para resituar la acción subrogatoria en el terreno de la acción y enredarse en si la legitimación del acreedor merecería entonces la calificación de ordinaria²³⁷ porque la acción es propia –dada a los acreedores, legitimados *subrogados* o *subsidiarios*– aunque su objeto se proyecte –en parte– sobre la relación jurídica ajena, o si –como, entre las filas procesalistas, sostuvieron REDENTI a principios del siglo XX y luego MONTELEONE– es expresión de un poder de sustitución y de una legitimación extraordinaria que trasciende lo procesal; dirección en la que también apuntaron los cultivadores del Derecho civil, que, con rara unanimidad, niegan el carácter procesal de la figura, normalmente para presentarla como una facultad del acreedor²³⁸.

El examen de estas posturas termina revelando que la llamada “acción” subrogatoria no tiene una naturaleza jurídica única. Si se la ubica en un proceso de declaración formalmente autónomo, aparece como un *poder jurídico-material de sustitución* que el ordenamiento concede a los acreedores –y en la medida y con las técnicas más adecuadas– para hacer efectivos por la vía más sencilla la satisfacción del interés que el Derecho les asegura. Si, en cambio, se la pone al servicio del embargo de derechos del deudor intermedio, es difícil negar su *naturaleza jurídico-procesal*.

§. En el primer sentido y en la línea de lo sostenido inicialmente por REDENTI, el mayor estudioso de la acción subrogatoria italiana –Girolamo MONTELEONE– ha negado que la acción subrogatoria pueda considerarse un

²³⁷ Postura sostenida, entre otros, por S. SATTA, “Articolo 81”, *loc. cit.*, p. 274; C. CECELLA, “Sostituzione processuale”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, t. XVIII, Turín, 1998, p. p. 639; E. FONT SERRA, voz “Sustitución procesal (Derecho Procesal)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, 1995, p. 6453; y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. I, 1992, p. 258.

²³⁸ Respecto de REDENTI, vale advertir que esta opinión la vertió en una de sus primeras y más conocidas obras, *Il giudizio con pluralità di parti*, escrita en 1911 (apenas unos años después de obtener su licenciatura), donde mantuvo que el acreedor no se limita a sustituir procesalmente a su deudor, sino que la tal sustitución tiene lugar «en declaraciones de voluntad negociales», incluida –a su juicio– las que el deudor habría podido o debido hacer en la demanda frente al *debitor debitoris*, razón por la que prefiere hablar de *legitimación extraordinaria* que confiere una acción sobre una relación de terceros, en función de los efectos reflejos de hecho que recibiría el acreedor de esa declaración de voluntad ajena (*op. cit.* 1ª ed., Milán, 1911, reimp. 1960, pp. 95-96, nota 90). Pero no quiero adelantar lo que explica la carta de REDENTI al Ministro Grandi que se verá más adelante, al exponer las razones que llevaron a ubicar la acción subrogatoria italiana en el *Codice civile*. Lo ahora importa es que varias décadas después la opinión de este autor era diametralmente opuesta a entender que la acción subrogatoria y la legitimación del acreedor fueran cometido del derecho material. Por su parte, huelga decir que MONTELEONE ya tuvo en cuenta los orígenes romanos del *pignus in causa iudicati captum*, aunque lo que no sobra y hay que explicitar es que MONTELEONE no escribió gratuitamente *dos partes* cuando se dedicó al estudio de la acción subrogatoria italiana del artículo 2900 cc.: la primera, sustantiva y de derecho procesal material y la segunda, de carácter más acentuadamente jurídico-procesal.

supuesto de sustitución procesal. Su opinión más benévola es que esa consideración «sirve de bien poco» porque es la sustitución procesal la que toma de la acción subrogatoria sus características fundamentales y no al revés²³⁹; su crítica más severa —e igualmente certera— es que lo peor de esa equiparación consiste en ofrecer una visión limitada de la acción subrogatoria que se agota en los aspectos más externos y superficiales de la figura sin preocuparse de indagar su fundamento con el resultado de tomar la causa por el efecto²⁴⁰.

Si la sustitución procesal consistiera —como se propugna y expresa la figura— en una radical disociación entre acción y legitimación —por un lado— y titularidad de la *res de qua agitur* —de otro lado— de tal manera que el sustituto procesal hace valer en juicio el derecho declaradamente ajeno, el tal sustituto —razona MONTELEONE— debería ser titular del poder de acción sin ser simultáneamente «ni titular del derecho debatido ni de ningún otro derecho o posición jurídica a la que se reconduzca *directamente* aquel derecho de acción»²⁴¹. Pero esto, a juicio de MONTELEONE, no sucede en el caso de la acción subrogatoria, porque el poder propio del acreedor le está dado en atención a una interferencia de relaciones jurídico-materiales con la finalidad de tutelar su propio derecho —el de crédito— en una de ellas, en razón de lo que para MONTELEONE es un *elemento típico* que conforma la *estructura misma* de la relación jurídica obligatoria: la *responsabilidad patrimonial* de todo deudor.

Según esta concepción, el acreedor no se limitaría a *sostituire procesalmente* al deudor, como también coincide en señalar la doctrina civilista, convencida, por su parte, de la existencia de un poder jurídico de carácter sustantivo en la acción subrogatoria, que se suele tomar por el poder —o facultad o capacidad, siempre discutidas— de disposición y administración patrimoniales, que en este supuesto se proyectaría sobre el patrimonio del deudor.

§. Antes de CHIOVENDA la opinión civilista predominante calificaba ese poder jurídico como *representativo*; tras el giro que supuso la búsqueda de su naturaleza en la sustitución procesal la reivindicación para el Derecho civil del poder del acreedor en el artículo 1111 CC se ha basado en las manifestaciones *extrajudiciales* del mecanismo subrogatorio, como, p.ej., la interrupción de la prescripción o la reclamación extrajudicial frente al *debitor debitoris*²⁴². Pero

²³⁹ G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., pp. 215-216.

²⁴⁰ G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., p. 220.

²⁴¹ G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., pp. 195 y ss. La cursiva es mía.

²⁴² Así, D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padua, 1939, pp. 139 y ss.; A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel Diritto vigente*, cit., pp. 11-24; A. GULLÓN BALLESTEROS, "Caracteres generales de la acción subrogatoria...", *loc. cit.*, p. 29; Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, cit., pp. 79-82; y F. JORDANO FRAGA, "La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria...", *loc. cit.*, pp. 522-533; M. ALBADALEJO, "Artículo 1111", *loc. cit.*, p. 965.

entonces –como expresa GULLÓN BALLESTEROS– «fuera del ámbito procesal la calificación del acreedor se ofrece llena de dificultades»²⁴³.

Un intento de construcción sistemático lo proporciona la elaboración de una teoría general sobre la legitimación. En este marco la acción subrogatoria queda embebida –según las preferencias de cada autor– bien en la categoría de *legitimación indirecta* que, junto con las formas de representación, se caracterizan por que el ordenamiento permite al sujeto realizar un acto cuya eficacia se produce en la esfera jurídica ajena; bien en la categoría más general de la *legitimación extraordinaria*, que agrupa todos aquellos supuestos –incluida la representación, la gestión de negocios ajenos e, incluso, la legitimación aparente– en los que el ordenamiento reconoce a un sujeto «la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo»²⁴⁴.

Esta construcción ha seducido a la mayor parte de la doctrina civilista y hasta a la mejor doctrina procesalista²⁴⁵, pero no es satisfactoria si se trata de averiguar la naturaleza procesal o material del poder jurídico del acreedor. Se ocupa –que no es poco– de situar la acción subrogatoria en un cuadro clasificatorio general, elaborado en el marco del acto jurídico, en función de la relación entre sujeto, interés protegido y eficacia del acto, mas no proporciona información sobre la naturaleza de la acción subrogatoria ni, por tanto, dispensa de seguir indagando sobre ella.

§. En este punto, se antoja poco riguroso decir que la acción subrogatoria no es sustitución procesal «porque quedarían fuera de ella todos los casos en que el acreedor pone en marcha el instrumento subrogatorio sin acudir a juicio» para proponer, en su lugar, hablar de legitimación extraordinaria a fin de explicar las escasas pero existentes manifestaciones de su ejercicio fuera del proceso, como la interrupción de la prescripción extintiva²⁴⁶. Así se expresa CRISTÓBAL MONTES, pero lo hace desde las coordenadas del Derecho español, en donde no existe ningún mecanismo similar al *pignoramento presso terzi* y, por tanto, abocando a todo acreedor a instar un proceso de declaración civil formalmente autónomo, además de que no se toma en consideración el artículo 1937 CC, que

²⁴³ A. GULLÓN BALLESTEROS, “La acción subrogatoria”, *loc. cit.* p. 118. Ya antes, en su anterior trabajo “Caracteres generales de la acción subrogatoria...” (*loc. cit.*, p. 29, nota 80) GULLÓN había expresado que «indudablemente, la calificación jurídica que tiene el acreedor cuando obra extrajudicialmente es imposible –con arreglo a la doctrina de la representación, mandato, sustitución procesal, etc.– definir».

²⁴⁴ J. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, *cit.*, p. 11.

²⁴⁵ Señaladamente, en el estudio de la acción subrogatoria en el ámbito del Derecho procesal, es el caso de RIAÑO BRUN, para quien la posibilidad extrajudicial de la acción subrogatoria –que el autor no estudia en su monografía– es expresión de la legitimación extraordinaria que ostenta el acreedor según la teoría general del Derecho y que, aplicada al proceso –dice este autor–, se manifiesta como legitimación procesal por sustitución (I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 39-40). En el mismo sentido, C. CONSOLO, “Azione surrogatoria”, *loc. cit.*, pp. 356 y 364-365.

²⁴⁶ El entrecomillado corresponde a Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, *cit.*, p. 79.

permite a «acreedores, y cualquiera otra persona interesada (...) hacer valer la prescripción (...)».

Frente a esta postura, cabe oponer –en mi opinión– que, aunque existe –sí– un cambio de *nomen iuris* que deja atrás la adjetivación procesal de la figura, con ese cambio la acción subrogatoria se coloca al lado de otras –como la del gestor oficioso de negocios jurídicos– con las que hoy poco tiene que ver la posición jurídica del acreedor en el proceso. Pero, además y sobre todo, porque en esa visión se parte de una concepción errónea sobre lo procesal consistente en despojarlo de su substancia y encorsetarlo a aquello que sucede exclusivamente en una sede judicial o en el seno de la llamada relación jurídico-procesal, cuyos orígenes me ahorro, como si no existieran manifestaciones jurídico-materiales que pudieran proceder de figuras netamente procesales.

El error de este planteamiento lo acredita la existencia de expedientes procesales como la *administración judicial* (artículos 630 y ss. LEC), que puede acordarse incluso cautelarmente (artículo 727.2^a LEC), o la *administración para pago* (artículos 676 y ss. LEC), o la misma *subasta judicial* (artículos 643 y ss.), que precisamente consisten con toda claridad en actuaciones *jurídico-materiales* que por fuerza producen efectos fuera del proceso, sin perder por ello su naturaleza *procesal* como medidas cautelares o ejecutivas de garantía del embargo y de la realización forzosa. Es más, si se piensa en lo que consisten aquellas medidas, se verá que suponen, lo mismo que la “acción” subrogatoria, una injerencia del acreedor en el patrimonio del deudor, pero, a diferencia de esta, sí confieren al administrador judicial lo que –por su finalidad– le está vedado al acreedor en la subrogatoria: el control gestor consistente en la realización de actos de mera administración del patrimonio del deudor (como, p. ej., concertar o resolver contratos de arrendamiento). Y así es, en efecto: esto es –ni más ni menos– lo que supone la acción subrogatoria como ha venido a reconocer la doctrina civilista en fechas recientes, a través de la construcción dogmática *a posteriori* de derechos y facultades sobre la gestión y administración patrimoniales del deudor.

Ahora bien, si se advierte la propia historicidad de la acción subrogatoria, resulta que la moderna acción subrogatoria es la más “romana” de las acciones que han llegado hasta nuestros días, pese a que carezca de una *petitio* predefinida. Desde el Derecho procesal, cabe también señalar que convendría dejar a un lado todos los prejuicios sobre el «derecho de acción»; al fin y al cabo y aunque es una “perogrullada”, en nuestra disciplina tenemos más fácil la admisión de los orígenes procesales de las acciones romanas y el carácter típicamente romano del *pignus in causa iudicati captum*.

6.4.2. La acción subrogatoria como poder procesal auxiliar: su carácter extrínseco y su naturaleza procesal

§. La dirección indicada es, a mi modesto entender, la adecuada para hallar el mejor acomodo a la naturaleza de la acción subrogatoria. A ella apunta la idea misma de poder de sustitución del que hablaba REDENTI o del poder jurídico vinculado a la posición jurídica del acreedor al que se refería MONTELEONE, si bien oscurecida por el hecho de considerar este último autor que la responsabilidad patrimonial y con ella –nótese bien– *su tutela* a través de la

acción subrogatoria, sean elementos *intrínsecos* que conforman siempre y en todo caso la estructura del derecho de crédito o de la relación jurídica obligatoria.

A) *El fundamento sustantivo de la acción subrogatoria*

§. La anterior era opinión predominante en el período codificador europeo del siglo XIX y buena muestra de ello es que nuestra acción subrogatoria cierra el capítulo dedicado a la «naturaleza y efecto de las obligaciones» del Código Civil (concretamente, el Capítulo II, del Título I, *De las obligaciones*, del Libro IV, *De las obligaciones y contratos*).

En esta línea, algunos autores han sostenido que no sería más que una *facultad ínsita* en el derecho de crédito del acreedor²⁴⁷ o que era expresión de un derecho de prenda genérico del acreedor sobre el patrimonio del deudor²⁴⁸. Pero esta visión entró en crisis cuando los estudios de la pandectística alemana de finales de ese siglo sobre la *obligatio* romana –BRINZ y GIERKE– y el estudio de la obligación en los sistemas germánicos y sueco –VON AMIRA– condujeron a distinguir entre *deuda* –*debitum* o *Schuld*– y *responsabilidad* –*obligatio* o *Haftung*²⁴⁹– como dos elementos diferentes; elementos que para una parte de la doctrina –como el mismo MONTELEONE– conforman la estructura de la obligación²⁵⁰, mientras que para otra parte el segundo término del binomio

²⁴⁷ Tal, p.ej., fue la postura asumida inicialmente por L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN en su trabajo sobre “El contenido de la relación obligatoria” (*Anuario de Derecho civil*, 1964, p. 355; v.e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1964_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=2&lang=fr), aunque después la ha corregido para mantener –de acuerdo con la tendencia general de nuestra doctrina– que «la figura del acreedor que actúa por medio de acción subrogatoria no puede reconducirse a ninguna otra figura jurídica, sino que constituye un supuesto autónomo especialmente configurado por la ley (...) atribuyendo a los acreedores insatisfechos una legitimación extraordinaria para ejercitar los derechos de su deudor» (L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. II, *cit.*, p. 743).

²⁴⁸ Así, A. ROCCO, “Studi sulla teoría generale del fallimento”, en *Rivista Diritto Commerciale*, 1910, I, pp. 682 y ss.

²⁴⁹ El término *Haftung* suele traducirse por «responsabilidad», pero, como explica BETTI, ambos conceptos no expresan lo mismo. El equivalente alemán de la responsabilidad en el sentido en el que se usa en italiano –o en español– es otro, *Verantwortlichkeit*, que expresa la idea de reprochabilidad jurídica que denota infracción, mientras que *Haftung* «indica el destino de una persona o de una cosa de servir para la satisfacción de alguien por algo, o –en otra formulación– la sujeción de una persona o de una cosa a un poder de agresión (o de coacción, como otros dicen) del acreedor» (E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Padua, 1920, ahora en *Diritto sostanziale e processo*, con F. CARNELUTTI, Milán, 2006, pp. 81-82). Un resumen de estas teorías puede verse en B. D. SCHILMAN, “*Shuld y haftung*. Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 35, 1967, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, pp. 121 y ss. [v.e. disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_35.php].

²⁵⁰ MONTELEONE –pero no así REDENTI como después veremos– se sitúa, en efecto, entre quienes sostienen que la responsabilidad patrimonial y los medios para hacerla efectiva pertenecen a «la esencia del vínculo obligatorio» (*Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, p. 218), cuyo estudio aborda en la parte primera de su monografía, para llegar a la conclusión de que el poder que asiste al acreedor de la acción subrogatoria y la correlativa sujeción del deudor es un poder jurídico (pp. 128 y ss.) de naturaleza material: «el acreedor no experimenta en el caso un derecho propio relativo o conexo de alguna manera a la relación jurídica ajena,

se sitúa en un momento –patológico– posterior (el incumplimiento de la deuda) que es externo –como sostuvo CARNELUTTI– o, por lo menos, secundario –como propusieron BETTI y REDENTI– respecto de la relación obligatoria en sí, aunque funcionalmente coordinado a ella.

No entraremos en las diferentes y sesudas teorías sobre la unicidad o no de la obligación, ni en el contenido/objeto que, en el seno de cada una de ellas, se propone de cada elemento²⁵¹. A nuestros limitados fines, entendemos perfectamente las reticencias doctrinales de quienes defienden que los dos elementos pertenecen a la estructura de la obligación porque la responsabilidad (= sujeción de la esfera jurídica del deudor al poder de agresión del acreedor para hacer efectivo el crédito) dota de *juridicidad* a la deuda (= prestación), en cuanto imprime coercibilidad a la obligación en caso de incumplimiento²⁵². En este sentido, parece seguro afirmar que la regulación sobre la existencia –o inexistencia, como en el caso de las obligaciones naturales– de la responsabilidad del deudor corresponde al legislador sustantivo, como también le corresponde, p. ej., la definición de los supuestos en los que los bienes gananciales responden de las deudas del cónyuge no deudor, o la decisión de si responden y hasta cuánto las compañías aseguradoras frente al perjudicado. Ahora bien, mientras que su fundamento y la definición de la responsabilidad pertenecen al Derecho sustantivo, desde el momento en que el Estado monopoliza la coerción en que consiste la realización de la responsabilidad del deudor, el *diseño* de los *medios para hacerla efectiva* pertenece al Derecho procesal, aunque su enunciado se contenga en leyes formalmente sustantivas, como luego veremos que ocurrió en la codificación italiana.

Sin llegar a mantener una postura tan panprocesalista como la de CARNELUTTI sobre la separación entre deuda y responsabilidad que conduciría a negar el fundamento sustantivo de la acción subrogatoria²⁵³,

sino que, al contrario, ejercita un poder jurídico propio frente al deudor, de conformidad con la estructura de la relación obligatoria que discurre entre los mismos» (*op. cit.*, p. 221)

²⁵¹ *Vid.*, por todos, además de los ya citados en nota 42 y los que se indican separadamente, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, *cit.*, t. III, pp. 256 y ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “El principio de la responsabilidad patrimonial universal, en *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 2009, pp. 169 y ss.; A. SILVA SÁNCHEZ, “La relación obligatoria, I: requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el derecho español y comparado desde sus raíces romanas”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII, 2007, pp. 83 y ss. [v.e. disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/638/602>]; G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, *cit.*, pp. 59 y ss.; y G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, vol. 2 (*Le obbligazioni*), Turín, 2011, pp. 12 y ss.

²⁵² *Vid.* R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Roma, 1960, pp. 11 y ss.

²⁵³ Decía CARNELUTTI que «la proposición: obligación (del deudor) = deuda + responsabilidad es una receta de alquimia, no una fórmula de química. Esto no quiere decir que la responsabilidad no exista como figura en sí; nadie está más convencido de lo que yo lo estoy no sólo de su existencia, cuanto de su sumo valor teórico; pero para encontrarla es preciso buscar fuera de la obligación, no dentro de ella. Mientras los juristas sigan afanándose en considerarla como un elemento de la obligación ¡están condenados a vagar el laberinto! (F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, *loc. cit.*, p. 271). Para

resulta del todo adecuada la idea de que, si bien ese fundamento —la responsabilidad patrimonial del deudor— tiene carácter sustantivo o material, la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria es procesal²⁵⁴: su existencia como tal, ligada o no al embargo de derechos, su configuración —cuándo, cómo, ante qué tribunal procede su ejercicio, etc.—, e incluso el diseño de otros medios o técnicas de tutela alternativos, corresponde al legislador procesal, lo mismo que sucede —se advierte con claridad— con las medidas coercitivas mediante las cuales se ejerce sobre el deudor la compulsión al cumplimiento *in natura* en la ejecución no dineraria.

B) *El carácter procesal del remedio y su relación con el embargo del crédito del deudor*

§. Su instrumentalidad es, pues, lo que define la naturaleza procesal de la acción subrogatoria y esa instrumentalidad es la que nos conduce a nosotros a ponerla en relación con el embargo de un derecho del deudor, porque respeta su esencia, también su historia, y, sobre todo, desde el punto de vista pragmático, le dota del impulso que no se acierta a dar cuando se la ubica en un proceso de cognición independiente trufado entonces de múltiples problemas jurídico-procesales —en materia de competencia, de objeto, de legitimación pasiva, de cosa juzgada y límites subjetivos, etc.—, de los que el menor es, en verdad, la calificación que merezca la legitimación del acreedor.

Si su finalidad consiste en *reintegrar* el patrimonio realizable del deudor para poder luego dirigir la fase de realización de valor sobre el bien reintegrado, y si aquello tanto puede suceder en el seno de un proceso de ejecución como —en hipótesis— en relación con uno declarativo a través —por ejemplo— del embargo preventivo, resulta adecuado concebir la acción subrogatoria como *un derecho procesal auxiliar consistente en realizar el embargo —ejecutivo o cautelar— del derecho embargado del deudor frente a tercero cuando este derecho no sea fácilmente realizable sin la voluntad del deudor deudor (o de sus litisconsortes necesarios)*.

CARNELUTTI, la responsabilidad del deudor no era un elemento intrínseco de la estructura obligatoria, sino exterior a ella: «la responsabilidad es una sujeción al Estado, no al acreedor; al acreedor el deudor le debe, al Estado se halla sujeto; al derecho de aquél corresponde la obligación; al poder de éste un *status sabbiectionis* que no tiene nada que ver con la obligación» (*loc. cit.*, p. 325). Siento esto cierto, el exceso panprocesalista de su visión está, no tanto en estas palabras, cuanto en la caracterización que propone del otro elemento (el *debitum*) al que deja reducida la estructura de la obligación: un mero tolerar o soportar que el deudor realice, cumpliendo, la prestación. Como se dijo al tratar el fundamento de la acción subrogatoria en la responsabilidad patrimonial, hoy la doctrina caracteriza la situación del deudor como un conjunto complejo de deberes jurídicos.

²⁵⁴ También para CARNELUTTI (“Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni...”, *loc. cit.*, p. 277): «el artículo 1234 CC no confiere al acreedor ningún derecho mayor hacia el deudor ni le impone a éste una mayor obligación; sino que sólo atribuye al primero un derecho hacia el juez (hacia el Estado) y constituye a cargo del segundo una correlativa sujeción (el deudor debe padecer los efectos del proceso conducido en torno a su crédito por el acreedor). También esto es un fenómeno que se coordina, de medio a fin, al poder tomar por parte del Estado lo que el deudor no quiere dar, en cuanto tiende a reconducir al patrimonio bienes que pueda después ser tomados. Y, por ello, constituye una fase preparatoria de la ejecución».

Es –a nuestro juicio– el comportamiento del *debitor debitoris* –o de aquellos litisconsortes que necesariamente integren una legitimación pasiva plural– lo que en última instancia debe desencadenar el mecanismo subrogatorio, porque, llegado este punto en el que al deudor no se le han encontrado en su patrimonio más bienes que derechos de esa clase, la voluntad del deudor debe resultar *irrelevante*: tanto con su voluntad como sin ella, aunque con más motivo sin ella (por el carácter directamente incoercible que presenta el acudir a los tribunales en defensa de un derecho: aquí sí, *nemo praecisae potest cogi ad factum*), se pone a disposición del acreedor embargante la acción subrogatoria, que cobra así el valor de realizar el embargo, sin ser propiamente la *fase de realización de valor* del proceso de ejecución.

§. CARRERAS LLANSANA, como ya hemos señalado, tuvo el mérito de exponerlo con claridad hace años y de anticipar su carácter de medida de garantía del embargo:

«la acción subrogatoria es en nuestro Derecho una institución netamente procesal, y el ejecutante sustituye por su medio la actividad del ejecutado, al igual que la sustituían el Ejecutor en los actos ejecutivos propiamente dichos o el administrador judicial de frutos y rentas en la actividad de explotación que le es propia»²⁵⁵.

«Tiene, por tanto, la naturaleza propia de todas las medidas de garantía que siguen a la afección, que carecen de independencia o autonomía, y que tienen su razón de ser en la necesidad de que un elemento patrimonial afectado a la ejecución, pendiente o futura, no se sustraiga a ella real o jurídicamente»²⁵⁶.

Desde esta óptica, el embargo del crédito del deudor entraña su vinculación *erga omnes* al proceso del acreedor y le provee de los instrumentos auxiliares –procesales– para dotarlo de efectividad: las órdenes de retención y la “acción” subrogatoria, que –sí– es *acción* y tiene naturaleza meroclarativa sobre el derecho del deudor intermedio frente al *debitor debitoris*, pero no sería autónoma. Ahora bien, no se vea en esto una “degradación” de la protección jurídica del acreedor que, de estar provisto de una acción dirigida a promover la cognición judicial sobre el crédito ajeno en proceso separado, pasa a disponer de un poder que es auxiliar al embargo: no hay –si se piensa bien– tal degradación. La actividad cognitoria existe igualmente y se puede implantar con carácter plenario y con sus correspondientes recursos en el marco de un proceso de ejecución, como enseña el proceso de tercería de mejor derecho instado por acreedor dotado de crédito preferente cuya existencia no conste en

²⁵⁵ J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 542.

²⁵⁶ J. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 541. En aprecido sentido, aunque sin llegar a explicitarlo, Miguel Ángel FERNÁNDEZ (*Derecho procesal civil*, t. III, 4ª ed., Madrid, 1995, pp. 237-238) incluía entre los «créditos y derechos no realizables en el acto» del antiguo artículo 1447 LEC de 1881, los no vencidos o sometidos a plazo o condición, los ilíquidos, los litigiosos, los no dinerarios, y cualesquiera otros distintos de los reales sobre bienes materiales que tampoco fueran derechos de crédito en sentido estricto; y abordaba el estudio de la acción subrogatoria como un supuesto de ampliación del objeto de la ejecución (pp. 95-98), en la línea más tradicional de nuestro Derecho al que también apunta el Derecho alemán.

título ejecutivo²⁵⁷; aunque también puede pensarse –si se desea una mayor protección del crédito–, en introducir técnica monitoria para invertir el contradictorio y desplazar hacia el deudor o hacia el *debitor debitoris* la carga de suscitar la cognición judicial sobre la existencia y contenido del crédito embargado mediante el ejercicio de pretensiones merodeclarativas negativas²⁵⁸. De lo que se trata, a fin de cuentas, es de hallar el mejor mejor acomodo a la acción subrogatoria y de dar el impulso a una figura que se encuentra en desuso precisamente por los problemas que plantea su ejercicio separado y autónomo en proceso independiente, como consagró el Derecho intermedio francés.

§. Varios datos confirman que el poder en que consiste la acción subrogatoria no acompaña consustancialmente al crédito del acreedor, sino que constituye – como el embargo, el procedimiento monitorio o, más parecidamente, el proceso concursal– medios o técnicas de tutela institucional del crédito: un expediente procesal que, en la figura que nos ocupa, proponemos poner en relación con el embargo de derechos.

Lo vamos a ver a continuación a través de una imaginada acción subrogatoria “transfronteriza”. Pero, antes, debe señalarse que la habitual ubicación de la

²⁵⁷ Vid., por todos, C. FERNÁNDEZ CARRON, Madrid, 2010, pp. 140-141 y 678 -685.

²⁵⁸ Lo que se indica en el texto es sólo una hipótesis más de técnicas alternativas para dispensar mejor la tutela del acreedor. El estudio de la técnica que mejor convenga para la acción subrogatoria excede del objeto de este trabajo e invade el más amplio que se está desarrollando ya en materia de tutela declarativa y, en especial, la de tipo negativo (que ya está planteando problemas en el plano internacional para determinar el foro –si contractual o extracontractual– aplicable; vid., P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. FOLIE FISCHE AG Y FOFITEC AG CONTRA RITRAMA SP”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo (2013), vol. 5, núm. 1, pp. 240-253 [v.e. disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1721>]. Un trabajo semejante, que no se puede acometer aquí, debería tener en cuenta el estudio monográfico de M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa...*, cit. espec. pp. 154 y ss., así como las contribuciones al estudio de este tipo de tutela en Francia (*action en constatation négative*), en Italia (*accertamento negativo*), en Alemania (*negatives Feststellungsklage*) y en Reino Unido (*declaratory judgements*), donde se encuentran más desarrolladas que en nuestro ordenamiento, en el que prácticamente se encuentran limitadas a las acciones negatorias de propiedad, de servidumbres y de otros derechos reales. En Italia recientemente –y en España por la prof^a. CALDERÓN CUADRADO– por se ha propuesto relativizar, con base en el artículo 24.1 de la *Costituzione*, la tipicidad de esta clase de pretensiones merodeclarativas negativas para «satisfacer la necesidad de tutela jurídica que puede surgir en relación con un derecho o un interés derecho jurídicamente relevante» y, frente al límite que podría representar el tenor negativo del artículo 81 *cpc*, se ha considerado «inaceptable cualquier interpretación del instituto de la legitimación *ad agere* que suponga una limitación» del principio de instrumentalidad del proceso a aquella tutela (C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Turín, 2013, p. 188). La razón –obvia– se encuentra en que, tratándose de acciones merodeclarativas negativas, la legitimación activa y la pasiva deben configurarse de forma simétricamente opuesta a los supuestos normales (C. CARIGLIA, loc. cit. p. 189).

norma subrogatoria en las respectivas codificaciones civiles de tradición romana no es determinante de su naturaleza jurídica²⁵⁹.

En el caso francés o el español, son obvios los motivos que permiten dar por supuesto el pensamiento predominantemente civilista de la época codificadora y la lógica ubicación de nuestro mecanismo en el Código Civil. Y en el caso italiano, porque si se observa²⁶⁰ el proceso de conformación del Libro VI (*Della tutela dei diritti*) con el que se cierra el *Codice civile* italiano de 1942, se advierte que sus redactores –especialmente, REDENTI– tuvieron bien presente que en el supuesto de la acción subrogatoria se hallaban ante una materia exquisitamente procesal.

§. Resulta difícil entender la contradicción de que, a pesar de ese convencimiento, materias procesales como las relativas a la prueba (Título II del Libro VI), a la acción subrogatoria, la revocatoria y el depósito cautelar (Cap. V del Título III, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*), por no mencionar la práctica totalidad del Título V (donde se agrupan, por mero aluvión, el principio de rogación, el contenido de la tutela constitutiva, la cosa juzgada, normas sobre evicción y disposiciones sobre la ejecución forzosa no dineraria), se contengan, junto a otras como la publicidad registral, la prenda o la hipoteca, en un mismo Libro VI del *Codice civile*. Se ha intentado justificar en que son figuras “de tutela jurisdiccional y de conservación de los derechos” (términos que incluso se manejaron para rubricar el Libro²⁶¹). Pero si ya es difícil justificar la «elefantiasis congénita» de este Libro –MANDRIOLI *dixit*–, menos se entiende –en particular– que la inclusión de la acción subrogatoria –junto con la revocatoria, en la que no entramos– se produjera sobrevenidamente a instancia de los procesalistas; concretamente, a petición expresa de REDENTI, que dirigió los trabajos de elaboración del *Codice de procedura civile* y que también participó decisivamente en la comisión ministerial del *Codice civile* (en esta última, con ANDRIOLI, CONFORTI, CALAMANDREI, CARNACINI, CARNELUTTI o MANDRIOLI, entre otros²⁶²).

Con el beneplácito de sus compañeros, REDENTI propuso en una carta a VASSALLI de finales de julio de 1940 que la acción subrogatoria y la revocatoria, que se encontraban entonces en el Libro de las obligaciones, se incluyeran en el nuevo Libro separado de la tutela de los derechos. La razón, según REDENTI, es que son «medios o expedientes de reintegrar en el patrimonio del deudor aquellos bienes que son la garantía común del acreedor» y esto, junto con privilegios crediticios e hipotecas, era el contenido inicial del nuevo Libro, al que propuso también REDENTI trasladar

²⁵⁹ Sobre los criterios inválidos –como el lugar de ubicación de la norma o su aplicación judicial– y normalmente válidos –como el contenido y los efectos de la norma– para identificar el carácter procesal o no de una norma, *vid.* J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, pp. 479-481.

²⁶⁰ *Vid.*, A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milán, 2007, pp. 43-72; A. SANDONÀ, *Alle origini del libro “Della Tutela dei diritti”...*, *cit.*, espec. pp. 97 y ss.; y N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione del 1942*, Milán, 2003.

²⁶¹ *Vid.* A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione...*, *cit.*, pp. 60-61.

²⁶² *Vid.* A. SANDONÀ, *Alle origini del libro “Della Tutela dei diritti”...*, *cit.*, p. 63, nota 80 y p. 97, nota 321.

las disposiciones sobre ejecución de las obligaciones no dinerarias que hasta entonces se encontraban –también– en el Libro IV de las obligaciones²⁶³.

Esta nueva ubicación de REDENTI para la acción subrogatoria y revocatoria provocó, en cambio, un inesperado rechazo en las filas civilistas; concretamente, por parte del presidente de la subcomisión del Libro IV de las obligaciones, Francisco FERRARA jr., quien, como muestra de su oposición, se negó en redondo a que las normas sobre obligaciones no dinerarias cambiaran de Libro²⁶⁴. El enfrentamiento fue dirimido por VASALLI y NICOLÒ de forma silenciosa y expeditiva haciendo caso omiso a las objeciones de FERRARA jr., pero REDENTI, intranquilo por su definitiva ubicación, no dudó en dirigirse en el mes de octubre al Ministro GRANDI por escrito (la cursiva y los paréntesis son míos):

«me han señalado que actualmente revocatoria y subrogatoria se encuentran en el libro de las obligaciones y que se había ventilado la hipótesis de dejarlas donde están [en el nuevo Libro, entonces V]. Esto me parecería –hablando, como siempre, sinceramente– una intolerable incongruencia. Desde el momento en que se ha comprendido finalmente (y es mérito Tuyo) la necesidad lógica y sistemática de este Libro V, hay que tener cuidado de no herir sus líneas orgánicas, lo que dañaría su razón de ser y su *elegantia iuris*. Yo no sé si el presupuesto de la revocatoria y de la subrogatoria es siempre y necesariamente un derecho de crédito (yo creo, más bien, que existen también casos con fundamento y finalidad de carácter real). Pero aparte de esto, *es un hecho que la legitimación y la acción, en cualquier caso, no son directamente inherentes al crédito (como un contenido del derecho), sino coordinadas al fenómeno (de segundo tiempo) de las eventuales acciones ejecutivas para realizar el crédito ope iudicis y surgen sólo en cuanto surja el interés en impedir este efecto, como decía más arriba, la dispersión de los bienes del deudor*. Ahora, sería extraño e injustificable bajo cualquier aspecto que estas acciones quedaran desperdigadas en otro libro precedente, mientras sólo aquí, en el V, se encuentra la premisa lógica y jurídica a la que se coordinan y de la que descienden»²⁶⁵.

Las palabras de REDENTI en esta carta de 5 de octubre de 1940 muestran la comprensión procesal de la acción subrogatoria; aunque también en la *relazione al Re* con la que el Ministro GRANDI presentó el *Codice civile* late la factura procesal de los «medios de conservación de la garantía patrimonial» –salida de la pluma de PETRELLA y de NICOLÒ–, aunque hay que leerla entre líneas²⁶⁶. Ahora, la intrahistoria del Libro VI muestra asimismo lo accidentado de la ubicación de la acción subrogatoria en el *Codice civile* de

²⁶³ Vid. RONDINONE, *Una storia inedita...*, cit., pp. 329 y ss; y A. SANDONÀ, *Alle origini del libro "Della Tutela dei diritti"...*, cit., pp. 100-101.

²⁶⁴ Vid. RONDINONE, *Una storia inedita...*, cit., pp. 363; y A. SANDONÀ, *Alle origini del libro "Della Tutela dei diritti"...*, cit., p. 103.

²⁶⁵ Vid. N. RONDINONE, *Storia inedita...*, cit. p. 367 y ss; y A. SANDONÀ, *Alle origini del libro "Della Tutela dei diritti"...*, cit., pp. 106, nota 368; y A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione...*, cit., p. 61-62, nota 132. Estas son las pruebas que ofrezco sobre el carácter procesal de la acción subrogatoria italiana.

²⁶⁶ «El último capítulo del tercer título está destinado a disciplinar *los poderes que la ley atribuye al acreedor* al fin de impedir que la responsabilidad patrimonial pueda ser lesionada por efecto de actos realizados por el deudor mismo. *Relacionados bajo este perfil teleológico*, son regulados la acción subrogatoria, la acción revocatoria y el depósito cautelar» (núm. 1180 de la *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile*, v.e. disponible en <http://www.consigionazionaleforense.it/grandi/11-Libro Sesto della Tutela dei Diritti.pdf>).

1942 y sugiere que en esas circunstancias no hubiera podido plantearse siquiera un cambio de *corpus* para trasladarla al *Codice di procedura civile*: no es muy aventurado afirmar que una iniciativa así hubiera supuesto –simple y llanamente– un *casus belli* y, al fin y al cabo, el *pignoramento presso terzi* sí seguía incluido en la nueva codificación procesal italiana.

C) La aplicación territorial de la “acción” subrogatoria: el embargo internacional de créditos

§. Si la acción subrogatoria –siguiendo el argumento que estamos desarrollando– fuera una facultad ínsita en el derecho de crédito del acreedor resultaría muy difícil explicar la existencia de ordenamientos –como el alemán, el austríaco o los anglosajones– que, pese a reconocer la responsabilidad patrimonial del deudor, carecen de acción subrogatoria como tal y en los que, pese a ello, el derecho de crédito no se encuentra cercenado ni desprovisto de una parte de su esencia. Al contrario, como hemos visto al tratar el requisito de la previa excusión de bienes²⁶⁷, el ordenamiento alemán articula un mecanismo auténticamente subrogatorio en el proceso de ejecución para realizar el embargo de derechos, que constituye –a mi modo de ver– un mejor enfoque sobre nuestra figura.

Esta diversidad de sistemas nos da ocasión para someter a la acción subrogatoria a uno de los criterios más seguros para discernir entre el carácter material o procesal de una determinada norma: el de su aplicación espacial. También podríamos hacerlo con el criterio del tiempo de aplicación de la norma²⁶⁸, pero el criterio espacial permite suponer una acción subrogatoria *transfronteriza* y ver que no se encuentra regulada por la *lex causae* del crédito del primer acreedor, como sería su natural consecuencia si tuviera carácter material, sino por la *lex fori* del tribunal que haya de conocer o realizar el crédito embargado frente al *debitor debitoris*, lo que encamina a la acción subrogatoria con elemento extranjero a recibir un mejor tratamiento como supuesto de embargo internacional de créditos con dos eventuales fases, una de adopción y otra de ejecución, en cuyo seno acomodar la actividad cognitoria sobre la deuda o la responsabilidad del *debitor debitoris*²⁶⁹.

²⁶⁷ Vid. *supra* aptdo. 4.2. *La previa excusión de bienes del deudor*, pp. 364 y ss., donde se puede constatar que el embargo de derechos en la ZPO suple la omisión de una previsión general como la de la acción subrogatoria de nuestro artículo 1111 CC en aquel ordenamiento.

²⁶⁸ Aplicando este criterio se explican y a la vez se entienden los problemas interpretativos que toda seguridad ya ha descontado la doctrina procesalista, pero que mete en muchos breves y apuros a la mercantilista respecto de la aplicación intertemporal del nuevo régimen de impugnación de acuerdos societarios introducido en la LSC por obra de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en particular, en materia de legitimación. Pero el examen de esta cuestión no puede abordarse en este trabajo ni distraernos del que constituye su objeto, ahora centrado en la acción subrogatoria.

²⁶⁹ Hay que lamentar que la mayor parte de la doctrina procesalista no haya dedicado mayor atención a los problemas derivados de una acción subrogatoria con elemento extranjero. En este punto, y aunque no se propone analizar la competencia judicial internacional, resultan muy interesantes las reflexiones de MONTERO AROCA sobre la sujeción de la acción subrogatoria a la *lex fori* del Estado que la tenga reconocida (*De la legitimación...*, cit., p. 374, nota 558 y 484-485), pero hay que advertir que parte del supuesto de que el acreedor tiene reconocido su crédito en título ejecutivo, lo que supone en parte obviar el verdadero problema

§. Si la acción subrogatoria formara parte del contenido de la relación obligatoria entre acreedor y deudor, la ausencia de acción subrogatoria en el Estado del domicilio del *debitor debitoris* no debería ser un obstáculo –como creo que hoy lo es– para que el acreedor la ejercitara como tal, porque, en tal caso, la llamada “acción subrogatoria” *viajaría* con el derecho de crédito del primer acreedor: estaría ínsita en él según la *lex causae*. Sin embargo, el acreedor que pretenda ejercitar subrogatoriamente en uno de estos Estados un derecho de su deudor frente a un tercero se enfrenta al problema de que, por la diferencia de los sistemas legales, tendrá que proveerse de un título ejecutivo contra el deudor intermedio a fin de que sea reconocido y ejecutado en esos Estados frente al *debitor debitoris*. De otro modo, si acude a un proceso de cognición independiente y directo frente al *debitor debitoris* fundamentando su pretensión en la acción subrogatoria de la *lex causae* que rige su crédito frente al deudor intermedio, se expone a que la falta de acción subrogatoria en el Estado en cuestión se traduzca –con mucha probabilidad– o en una “falta de accionabilidad” o en una “falta de legitimación”²⁷⁰.

También podemos representarnos la hipótesis contraria a la anterior: esto es, el de un acreedor que –según la *lex causae* aplicable a su crédito– carezca de acción subrogatoria por no estar prevista en ese ordenamiento, pero sí en el del domicilio del *debitor debitoris* (p. ej., en España). ¿Le sería negado, por un tribunal español, el ejercicio de la acción subrogatoria en España? En mi

de si es ejercitable en proceso declarativo independiente autónomo y sin que el acreedor esté provisto de título ejecutivo, por no mencionar que la hipótesis le sirve al autor para acreditar el pretendido carácter procesal de los supuestos de sustitución procesal. Las mayores contribuciones al estudio del supuesto que nos ocupa se han realizado en materia de embargo internacional de créditos; *vid.* M. MICHINEL ÁLVAREZ, “Primer caso: el embargo internacional de créditos”, en *Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*, Madrid, 2012, pp. 134 y ss., espec. pp. 140 y ss.; “El cobro de deudas en el proyecto OHADAC: seis propuestas en busca de autor”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 22, diciembre 2011, [v.e. disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/cobro-deudas-proyecto-ohadac-seis-propuestas-busca-autor>]; y *Aspectos de derecho internacional privado del embargo transfronterizo de cuentas bancarias en la U.E. (Sobre el Libro Verde de 24 de octubre de 2006)*, v.e. disponible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/vigo_university_es.pdf]; R. MIQUEL SALA, “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4 (2012), núm. 2, pp. 217 y ss [v.e. disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1619>]; y, desde el derecho procesal, M. LUPOI, “L’azione surrogatoria intracomunitaria”, en *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche*, coord. Lupoi, Santarcangelo di Romagna, 2011, pp. 342 y ss.

²⁷⁰ MONTERO AROCA se inclina por la ausencia de accionabilidad implícitamente: «el ciudadano español titular de un crédito contra un ciudadano alemán (también documentado en un título ejecutivo judicial) (...) no podrá hacer uso de la acción subrogatoria ante los tribunales alemanes, por no encontrarse prevista en el Derecho alemán» (*De la legitimación...*, cit. p. 485). Ahora, si el acreedor está provisto de título ejecutivo como este autor presupone, lo que procede en Alemania no es ejercitar una acción subrogatoria, sino instar el despacho de la ejecución con base en el título ejecutivo y proceder al embargo de créditos de los §§. 828 y ss. ZPO; ahora, el *quid* del supuesto es otro.

opinión, claramente no²⁷¹, aunque la respuesta tendría que ser exactamente la contraria si se sostuviera que la acción subrogatoria pertenece a la esencia del derecho de crédito, regido –en la hipótesis que contemplamos– por una *lex causae* extranjera desconocedora de acción subrogatoria.

§. Lo dicho hasta aquí debe bastar para reparar en que la *lex causae* que rige el crédito del acreedor inicial es irrelevante para determinar la existencia o no de acción subrogatoria, así como que el ámbito espacial decisivo para hacer efectivo el mecanismo subrogatorio apunta, en principio, al Estado del domicilio del *debitor debitoris*. La cuestión es encontrar el criterio adecuado para determinar la competencia para ejecutar un embargo cuando este tiene por objeto los derechos del deudor intermedio frente a terceros.

A propósito de la competencia internacional para reconocer y ejecutar embargos de créditos, sostiene MICHINEL ÁLVAREZ que «en el concreto caso de los derechos de crédito, lo más relevante, para identificar el lugar de ejecución sobre los mismos, no es tanto dónde se reputa “localizado” el crédito, sino que, más bien, lo decisivo es saber dónde se podrá implementar eficazmente el mecanismo previsto para la realización forzosa sobre dicho crédito, una vez embargado»²⁷². Este criterio de eficacia proporciona, en efecto, un criterio de vinculación muy razonable para atribuir la competencia de los actos de ejecución de embargo sobre créditos no contestados por el *debitor debitoris*. Cuando el crédito embargado resulta, en cambio, controvertido por un *debitor debitoris* situado en un tercer Estado hay que interpretar que, en la medida en que surge entonces –por mínima que sea– una actividad necesaria de cognición sobre la deuda o la responsabilidad del tercer deudor, lo razonable –al menos en el plano internacional– es que la competencia para el reconocimiento y ejecución del embargo del crédito frente a tercero se atribuya de conformidad con los foros que dotan de previsibilidad la determinación del tribunal competente para declarar el crédito en cuestión (aunque la *lex causae crediti* no reconozca acción subrogatoria); esto es, normalmente, el foro general del domicilio del demandado (artículo 5 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012), en concurrencia con los foros especiales del artículo 7 del Reglamento 1215/2012.

²⁷¹ Opinión concorde, pero por distintos motivos, con la de MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit. p. 485.

²⁷² M. MICHINEL ÁLVAREZ, “Primer caso: el embargo internacional de créditos”, *loc. cit.*, p. 142, punto en el que menciona la disparidad de sistemas jurídicos e interpreta –en la línea de lo que se dice en el texto principal– como lugar de la ejecución forzosa, en los sistemas dotados de “acción” subrogatoria, «aquél ante cuyos tribunales pueda reclamarse judicialmente el pago del crédito embargado sobre el que se quiere ejecutar; es decir, básicamente, aunque dependiendo del sistema concreto, el domicilio del tercero deudor o el lugar de cumplimiento (voluntario) del crédito».

7. Consideraciones *de lege ferenda* sobre la acción subrogatoria

7.1. LA «SUSTITUCIÓN PROCESAL» EN LA ACCIÓN SUBROGATORIA

§. Como se advierte, resulta muy difícil sostener que la acción subrogatoria comporta un poder jurídico de sustitución de carácter *material*. Es, más bien, la perfecta imagen de una “sustitución procesal” pero sólo en el sentido chiovendiano de *expropriazione* que CHIOVENDA y que SATTA dieron a la legitimación del sustituto procesal, y no en el actual que pone el acento en exceso en el sujeto activo y, metonímicamente, en el de su “facultad” de deducir –en nombre e interés propio– pretensiones basadas en relaciones ajenas: es «sustitución procesal» en el sentido de expresar el estado de sujeción²⁷³ en el que pasa a encontrarse el deudor intermedio por razón del embargo del crédito del que es titular. La cuestión no es meramente terminológica, porque el equívoco está haciendo padecer al derecho de audiencia del deudor intermedio en el proceso: Tizios y Pedros que, siendo deudores de otro, quedan preteridos en el proceso que, invocando el artículo 1111 CC, se dirigen frente al *debitor debitoris* ejercitando la acción subrogatoria.

Este poder de sujeción –como veremos más adelante– lo vamos a encontrar también en el concurso del deudor con la personificación de la propia masa concursal y su representación a través de la administración concursal, cuya “legitimación” (= representación de la masa) encuentra su causa inmediata en la declaración de concurso que, de un lado, siempre produce el efecto de integrar a los acreedores en la masa pasiva y, de otro lado, produce efectos variables –de mera intervención o, más incisivamente, de suspensión– en las facultades materiales de disposición y administración del deudor común.

En el caso de la acción subrogatoria, en cambio, no es posible observar una circunstancia semejante de sujeción si prescindimos del repetido acto de embargo de derechos en el que tanto insistimos. El embargo –como se ha dicho ya– supone la afección procesal del crédito a un concreto proceso de ejecución singular y aun hoy puede ser discutible si conlleva –por sí misma o vinculada a una complementaria orden de retención y cumplimiento– una limitación de las facultades de disposición sobre el derecho embargado; pero, aunque así fuera, el supuesto del concurso ejemplifica que la tal «sustitución» de la masa concursal no alcanza a suprimir las necesidades de respetar el principio de audiencia respecto del deudor concursado.

²⁷³ Precisamente este estado de sujeción es el que parte de la doctrina maneja (*vid.*, por todos, D’ONOFRIO, *Identificazione delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, 1924, pp. 110-112) como uno de los criterios distintivos entre la sustitución procesal y la representación. A diferencia del representante, que es portador del interés ajeno de su representado, el sustituto procesal «es portador de un interés propio, concurrente con el del sustituido, o también aparentemente exclusivo», lo que permite entender por qué el representado –pero no el sujeto sustituido– puede inhibir el ejercicio de sus derechos por el representante y que la sustitución procesal sólo opera en la parte activa del proceso.

§. Si se insiste en considerar la acción subrogatoria en clave de legitimación, la del acreedor en el artículo 1111 CC es, pues, del todo ordinaria y hasta concurrente con la del deudor, porque lo extraordinario está en el mismo mecanismo subrogatorio, que hay que vincular –por la coerción que supone deducir pretensiones basadas en derechos ajenos sin la voluntad del titular y con efectos jurídico-materiales directos e inmediatos en su esfera patrimonial– a un acto de embargo de derechos. Ésta es –a mi modesto entender, aunque todavía caben matizaciones– una configuración hoy más racional de la acción subrogatoria que aquella que anacrónicamente la endereza a un proceso declarativo independiente y reviste a la legitimación del acreedor del artículo 1111 CC de unas especiales “cualidades”.

Si se prescinde del acto de embargo que dota procesalmente de “reipersecutoriedad” al derecho de crédito del acreedor, hablar de «sustitución procesal» es *equivoco*: se pierde el porqué de la «sustitución procesal» en el supuesto de la acción subrogatoria y la atención se centra en el aspecto más externo, que se intenta explicar a través de una legitimación “especial” del actor, consistente en deducir derechos declaradamente ajenos, cuando lo especial surge de ese acto procesal que proporciona al derecho de crédito de una característica que por sí mismo no posee²⁷⁴. Sin ese acto de embargo, además, no se acierta a ver lo poco que de común tiene la acción subrogatoria con algunos derechos reales limitados –la prenda o el usufructo– con los que habitualmente es agrupada –con cierta perplejidad– en la sustitución procesal, ni es aprehensible su por qué: la reipersecutoriedad que en los derechos reales está ínsita y que en el caso del derecho de crédito es el acto de embargo el que lo proporciona.

La razón por la que resulta tan fascinante el supuesto de la acción subrogatoria en el estudio de la legitimación radica en que la legitimación del acreedor se aparta del normal desenvolvimiento de todo derecho de crédito en el proceso, caracterizado por que las legitimaciones activa y pasiva se confunden con la existencia misma del derecho y, por eso, su examen no puede hacerse más que en la sentencia de fondo junto con el objeto mismo del proceso. Por el contrario, en los derechos reales limitados y en la acción subrogatoria la legitimación del actor –en la acción subrogatoria, su condición de acreedor frente al deudor intermedio– es separable conceptualmente –es una cuestión prejudicial– de la cuestión diríase “principal” que constituye el objeto mediato de la acción, que es la de si al demandado le incumbe la obligación que se le imputa; por eso, en la progresiva configuración dogmática de la sustitución procesal no han faltado quienes le han dado el tratamiento procesal preliminar propio de la capacidad y de la representación (como CHIOVENDA) o quien, con el amplio conocimiento romanístico de BETTI, hablaron de una legitimación *ad petitionem* para diferenciar todos los supuestos de *sostituzione processuale* de los supuestos normales de legitimación *ad causam petendi*.

²⁷⁴ Con razón, pues, decía GÓMEZ ORBANEJA que «el término “sustitución” de Chiovenda, ya empleado por nosotros, más bien expresa el fenómeno mismo que su causa jurídica» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 139).

Aquí acaba la similitud entre derechos reales limitados y acción subrogatoria e, insistimos, su causa es diferente: mientras que en los derechos reales la reipersecutoriedad pertenece a la esencia del derecho real (y, por eso, es del todo erróneo ver en la legitimación del usufructuario o en la del acreedor pignoraticio una legitimación por sustitución), en la acción subrogatoria hay que encontrarla en un acto exterior al crédito mismo, que es el acto de embargo. Mientras que en los derechos reales su lesión por un tercero hace surgir una relación jurídico-material sobre la que versará el objeto del proceso, esto no es posible vislumbrarlo en la acción subrogatoria; no hay (ni siquiera para quienes quieran ver en la acción subrogatoria una facultad ínsita en el derecho de crédito) una relación jurídico-material entre acreedor y *debitor debitoris*, sino que la relación jurídico-material que le es propia al acreedor y que fundamenta su legitimación es la entablada con el deudor intermedio, razón por la cual, dados los términos del artículo 10 LEC, hay que tenerla *de lege lata* por extraordinaria.

§. Si prescindimos del embargo, la consecuencia es –o debería ser– una tormentosa acción subrogatoria a la que toca situar, sin su característica situación de sujeción, en un proceso declarativo trufado de problemas jurídico-procesales. La lógica que estamos explicando conduce a que el objeto del proceso esté formado *de forma inescindible* por la relación jurídica que el acreedor deduce como propia con el deudor intermedio –la que funda su legitimación– y por la relación de éste con el *debitor debitoris* que sirve de fundamento a las pretensiones de la demanda; pero sin que en tal caso haya acumulación de objetos procesales²⁷⁵, sino que ambas simultáneamente conforman su estructura.

En el caso del artículo 1111 CC si relajamos bientencionadamente el requisito de que el crédito del acreedor conste documentado en título ejecutivo frente al deudor, la evolución doctrinal sobre la legitimación ha venido a sortear el problema de que el acreedor debiera por exigencias lógico-jurídicas acumular en el mismo proceso las acciones que le asistan contra el deudor intermedio y las que correspondan a este frente al tercer deudor. Ahora bien, dado este paso, en ese proceso merodeclarativo del acreedor se ha perdido el sentido de sujeción del deudor intermedio y esta desaparición provoca que irresolubles problemas a los que se ha enfrentado la doctrina procesalista sobre la eficacia jurídico-procesal de la sentencia y la necesidad o no de la presencia del deudor intermedio en el proceso.

El estudio sobre la legitimación en el proceso ha permitido que, aun sin acto de embargo, la legitimación del acreedor haya seguido manteniendo el tratamiento de cuestión prejudicial del fondo que conforma el fondo mismo, por la necesidad lógico-jurídica de la ampliación del objeto del proceso cuando el acreedor carece de título ejecutivo. Ya es un conocimiento adquirido en la

²⁷⁵ Como supone J. NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal, cit.*, pp. 129-138), que da al tratamiento de la legitimación del acreedor el consistente en ser objeto de un pronunciamiento específico a partir de una pluralidad forzada de oscuras pretensiones, criticadas por MONTERO AROCA (*De la legitimación en el proceso civil...*, *cit.*, pp. 386-391).

Ciencia procesal que en la acción subrogatoria, como en los derechos reales limitados y en muchos otros supuestos, la legitimación es un hecho constitutivo que requiere ser afirmado y su cognición judicial tiene lugar en la sentencia como cuestión de fondo –que en subrogatoria es, además, cuestión prejudicial– y que hoy tiene sus límites subjetivos ordinarios en las partes del proceso, con los problemas que plantea la necesidad –o no– de la presencia del deudor intermedio en el proceso²⁷⁶. Estas enseñanzas tradicionales están generalizadas y asumidas a través de la noción de legitimación; no por casualidad el artículo 10 LEC atribuye la condición de parte activa –«procesal legítima»– a quienes comparezcan y actúen en el proceso *como sujetos* de la relación o situación jurídica del objeto del proceso o a quienes, por excepción, *la ley determine*. Esta previsión, aplicada a la acción subrogatoria, impide adelantar el juicio sobre la legitimación material del acreedor y la existencia de su crédito frente al primer deudor a momentos procesales anteriores al dictado de la sentencia sin haberse desarrollado íntegramente las actividades de alegación y de prueba.

§. Con todo, en el caso de la acción subrogatoria resulta mucho más sencillo reconocer su naturaleza procesal y, dotándola de un régimen jurídico que facilite su implantación, ponerla al servicio de la realización de un acto embargo.

Esta configuración permite explicar el carácter *congénitamente genérico* de su objeto y el carácter estructural que presenta la *ocasionalidad* de las dos relaciones jurídicas del todo autónomas que se aprecian en ella: la relación entre acreedor y deudor, tutelada en el proceso principal, y la relación entre el deudor y el tercer deudor, que es la que se trata de definir mediante la actividad de cognición de la acción subrogatoria. Esta «interferencia de relaciones jurídicas» de la que a menudo se habla para encontrar el fundamento de la sustitución procesal²⁷⁷ es aquí *consustancial*, aunque dichas relaciones son del todo *ocasionales*: la acción subrogatoria está dada al acreedor para que su ejercicio produzca un acrecentamiento de los bienes *in bonis* del deudor, por lo que es posible cuestionar que de este supuesto se extraigan enseñanzas generalizables sobre el fundamento de la sustitución procesal.

Si indagamos en los nexos jurídico-materiales que justifican la interferencia del acreedor del artículo 1111 CC para hallar los de la sustitución procesal, lo que nos enseñan esos nexos es que hay dos relaciones jurídicas por completo separadas que sólo tienen en común su *patrimonialidad* y a uno de los sujetos, que es acreedor en la primera relación y deudor en la segunda. Es decir, que es

²⁷⁶ A este esquema, que remite al trato de la legitimación como cuestión prejudicial implícita, se sujeta P. GRANDE SEARA cuando estudia la cosa juzgada material en la sustitución procesal e incluye la existencia y validez de la relación entre sustituto y sustituido en el objeto del proceso (*La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, cit., Valencia, 2008, pp. 341-343), en la línea –a la que nos adherimos– de lo sostenido por la doctrina sobre la inclusión en la cosa juzgada de las excepciones materiales, de las premisas del enjuiciamiento y de las cuestiones prejudiciales homogéneas (A. OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada*, cit., pp. 211-228; I. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso; alegaciones; sentencia; cosa juzgada*, Madrid, Madrid, 2000, pp. 164-168; G.A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padua, 1978, pp. 74-91).

²⁷⁷ Vid., por todos, J. MONTERO AROCA, *Sobre la legitimación...*, cit., pp. 335-336.

medio –procesal– de tutela del crédito. Está por ver, en cambio, si en una pretendida categoría de sustitución procesal existen nexos jurídicos semejantes o parecidos, que, por descontado, vamos a encontrar en todas las acciones predisuestas en favor de los acreedores por y para la tutela del derecho de crédito, como en el caso de las acciones sociales por responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital, a condición –eso sí– de que las pretensiones de la demanda sean de condena y la condena se pida para el otro, pues cuando son de otra naturaleza se deja de visibilizar una *sustitución procesal*.

De lo que hemos visto también puede parecer que la legitimación por sustitución deriva de una causa más próxima, fácilmente aprehensible y distinta cual es la imposibilidad de obligar a nadie a acudir a los tribunales en defensa de sus derechos y acciones: díriase que a través de la sustitución procesal o legitimación *por sustitución* se convierte en *fungible* la incoercible conducta de impetrar la tutela de los tribunales. Pero este problema que se visualiza tan bien en la acción subrogatoria puede ser común a muchos otros supuestos que poco o nada tienen que ver con la acción subrogatoria, como cuando el derecho que se deduce como fundamento de la acción pertenece *pro indiviso* a varias personas y sólo una de ellas acude a los tribunales.

7.2. LA CONVENIENCIA DE UN REPLANTEAMIENTO SOBRE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

§. Los problemas de ejercitar una acción subrogatoria como si fuera una acción autónoma al uso, desvinculada funcionalmente de otro proceso, se evidencian en el embargo transfronterizo de créditos, pero también a nivel interno. Ante estos problemas se impone, pues, un replanteamiento sobre la acción subrogatoria que, sin embargo, no podemos desarrollar aquí; solo podemos contribuir al debate académico con algunas consideraciones.

Desde el Derecho procesal, la salida del laberinto –que evoca la maldición de CARNELUTTI²⁷⁸– pasa por resolver qué configuración técnica conviene mejor al mecanismo subrogatorio: si seguir manteniendo que estamos ante una acción de cognición en la que la legitimación del acreedor es extraordinaria o de segundo grado, como sostenía BETTI, por cuanto presupone una cuestión prejudicial respecto de la decisión sobre la existencia del crédito del deudor intermedio frente al tercer deudor²⁷⁹; o, sin negar que entraña una actividad de cognición sobre el crédito del tercero, dotarla –mediante una aparente “degradación” que no es tal– de una nueva configuración como mecanismo auxiliar de realización del acto de embargo, lo que conlleva ya un control sobre la condición de acreedor –aparente o declarada, según la naturaleza del

²⁷⁸ Vid. anterior nota 253.

²⁷⁹ Así, R. NICOLÒ, “Articolo 2900”, *loc. cit.*, p. 39 y *passim*; y E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones, cit.*, pp. 366-367 y 376-382 y *Diritto processuale civile, cit.*, p. 163, aunque en la primera obra también sostuvo que la naturaleza de la subrogatoria era una «acción instrumental preparatoria que se despliega mediante el artificio de la sustitución procesal y acompaña, precede o sigue al ejercicio de un medio ejecutivo o cautelar» (p. 392).

embargo– del demandante y que permite al tercero discutir la existencia y extensión del mismo derecho embargado.

La «navaja de Ockham» que merece la acción subrogatoria en muchos otros aspectos –competencia, acumulación, prejudicialidad, litispendencia o cosa juzgada– nos inclina por esto último.

No parece razonable seguir pasando de puntillas sobre las cuestiones que plantea una “acción subrogatoria transfronteriza”, ya en materia de competencia judicial –si se pretende que la acción subrogatoria es una acción autónoma–, o bien en sede de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Si ese estudio no se hace desde la disciplina procesal es muy probable que se haga desde otras. Seguir pensando –para superar estas objeciones– que la acción subrogatoria es una legitimación que supone una facultad procesal *ínsita* en el derecho de crédito constituye un loable intento por dotarla de un «pasaporte»; pero no debemos llamarnos a engaño: sin un marco –procesal– homogéneo ese pasaporte no existe; y seguir afirmando el carácter extraordinario de la legitimación –por sustitución– del acreedor tampoco se lo proporciona.

A mi modo de ver, la situación de sujeción del deudor y la legitimación pasiva que comporta la acción subrogatoria se explica mejor si la reconocemos como un medio auxiliar al servicio de un embargo desde el que –a través de normas especiales sobre reembolso, acumulación de procesos de ejecución e intervención de terceros acreedores, p. ej.– afrontar otros problemas procesales que se pretenden solucionar con sólo calificar la legitimación del acreedor de extraordinaria.

La pluralidad de jurisdicciones y de fueros en el Derecho intermedio *torció* –se entiende que en ese momento lo hiciera– el destino de la acción subrogatoria para abocarla a un proceso formalmente independiente y autónomo. Pero en la actualidad caminamos en el sentido justamente contrario, al menos en el ámbito europeo, donde la armonización de los medios de protección del crédito está siendo especialmente fecunda, como muestra el reciente Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. Pocas dudas me caben, en fin, de que la postura que aquí se propugna, si no resulta convincente ahora, será clarificada en el futuro por las necesidades de protección del crédito en espacios de cooperación reforzada como la UE.

7.3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN LA ACCIÓN SUBROGATORIA SIN ELEMENTO EXTRANJERO

§. Por lo dicho, se entenderá que en el supuesto de una acción subrogatoria “interna”, sin elemento extranjero, no se vean motivos para que no opere –con carácter general– la competencia funcional del tribunal al que en la primera instancia y en la ejecución corresponde tutelar el crédito del acreedor, en lugar

de estar siempre y en todo caso a las normas de jurisdicción y competencia del crédito que es objeto del proceso²⁸⁰.

En el embargo internacional de créditos pueden existir razones de peso para considerar conveniente la aplicación de las normas de jurisdicción y competencia aplicables al crédito frente a tercero que es objeto de la cognición judicial, dadas las distancias geográficas que separan a los sujetos y la necesidad de dotar de previsibilidad a las partes sobre el tribunal competente, así como, hoy por hoy, la primacía de los foros establecidos en el Derecho procesal comunitario²⁸¹. Se entendería que en estos casos, sin perjuicio de considerar otras opciones, se diera el conocimiento de la acción subrogatoria al tribunal que resulte competente en razón de los foros aplicables a la pretensión deducida en el proceso declarativo. Estas razones, en cambio, decaen en otro caso y obligan a matizar la convenciencia de cada norma de jurisdicción o de competencia en cuestión.

§. En materia de jurisdicción por razón de la materia, diríase que la cuestión es irrelevante, aunque es, precisamente, la más dudosa y podría suscitar mayores resistencias.

Cuando la Administración pública, tras haber intentado el embargo de bienes del deudor y tras declarar fallido al deudor y declarar el crédito como incobrable (artículo 61 LGT), procede a ejercitar la acción subrogatoria al amparo de los artículos 62.2 LGT y 1111 CC²⁸², lo hace en vía civil acudiendo al tribunal objetiva y territorialmente competente al que apunten las normas

²⁸⁰ Éste es el tratamiento tradicional que recibe la acción subrogatoria en materia de jurisdicción y competencia y su exposición puede verse en J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 380-382; G. A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuale...*, cit., p. 319; y I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, cit, p. 103-104.

²⁸¹ No encontramos mejor sitio que éste para apuntar la existencia de un curioso caso que muestra la primacía del Derecho comunitario sobre la pretendida legitimación *por sustitución* de la acción subrogatoria que invocaron unos acreedores del deudor ejecutado para intentar oponerse al *exequatur* de la sentencia contra éste que se había despachado en Bélgica al amparo del Reglamento 44/2001, de 20 de diciembre de 2000 (“Reglamento Bruselas” o RB). Se trata del caso examinado en la [STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-167/08, Draka NK Cables y otros](#), por la que se negó esta posibilidad a los acreedores en razón a que, pese a la existencia de esa posibilidad en el ordenamiento interno, el artículo 43.I RB sólo abre la posibilidad de impugnar la concesión del *exequatur* a las «partes». Este concepto –cuya interpretación autónoma debe prevalecer sobre la interna– ha de entenderse según el TJUE «*en el sentido de que un acreedor de un deudor no puede interponer un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de ejecución si no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal ejecución*». Un supuesto idéntico se había planteado ya bajo la vigencia del Convenio de Bruselas ([STCE de 2 de julio de 1985, asunto 148/84, caso Deutsche Genossenschaftsbank](#)), pero el tenor del artículo 36 CB era mucho más claro al circunscribir la legitimación para impugnar la concesión de *exequatur* a «la parte contra la que se hubiera pedido la ejecución». A mi juicio, o debe revisar el TJUE esa doctrina, o debe modificarse el artículo 43.1 RB, para permitir el juego de la acción subrogatoria en los distintos ordenamientos internos. Pero con más razón habría pensar en algún instrumento de armonización a nivel europeo.

²⁸² *Vid.* lo dicho antes en 5.5. ¿Encadenamiento de «acciones subrogatorias»? La consagración de un error, pp. 399 y ss.

aplicables a las pretensiones que se propone deducir la Administración en sustitución del deudor tributario, en razón a la imposibilidad de extender la vía de apremio a otros sujetos diversos del deudor y de los sustitutos o responsables tributarios. Pero puede pensarse en la alternativa consistente en dotar de eficacia ejecutiva a los actos administrativos de la vía de apremio que declaren el crédito como incobrable y al deudor como fallido, para despachar ejecución civil contra el deudor tributario y situar en el marco de esta ejecución la discusión sobre la relación entre el ejecutado y el *debitor debitoris*. Esta opción es discutible, pero no nos parece excesivo ni inadecuado dotar de eficacia ejecutiva a actos administrativos que la tienen ya aparejada en virtud de la potestad de ejecución que se reconoce a la Administración pública. Habría, entonces, que precisar el alcance que hay que dar a la acción subrogatoria de las Administraciones públicas.

De un lado, no se oculta la normal resistencia que cabe esperar de un mecanismo que, en el fondo, está extendiendo la ejecución a un tercero, el *debitor debitoris* (y, en su caso, a sus litisconsortes necesarios); pero su *status* como parte –ya se le considere parte *demandada* como en la actualidad, o parte *ejecutada* en la hipótesis que se plantea– permite preservar sus garantías procesales: no se resiente su derecho de defensa y tampoco el derecho al juez ordinario predeterminado legalmente (ambos en el artículo 24.2 CE), que no es equivalente al juez “natural”. Situar, además, esa cognición judicial en el marco de un proceso de ejecución permite articular una justa distribución de las costas del proceso que la AEAT se ha visto abocada a iniciar a causa de la resistencia del deudor tributario a hacer valer sus derechos y del incumplimiento del *debitor debitoris* de sus obligaciones.

Para quienes sostienen, en cambio, el carácter autónomo de la acción subrogatoria y la ficción de que el acreedor “sustituye” procesalmente al deudor intermedio constituye todo un reto intelectual justificar una justa distribución de las costas del proceso mediante una condena que debería incluir a quien no es parte en él, aunque esto ya adelanta el tratamiento que debe darse de auténtica necesidad a la presencia del deudor tributario en ese proceso autónomo.

La ventaja de situar ese proceso de la subrogatoria en un proceso de ejecución también permite abordar mediante la acumulación de los diferentes procesos de ejecución contra el deudor común (artículo 555.2 LEC) un tratamiento procesal más sencillo que el que resulta obligado dispensar desde los diferentes procesos declarativos autónomos a través de normas de litispendencia (impropia), de prejudicialidad (también impropia), de intervención procesal y límites subjetivos de la cosa juzgada material, aunque serán pocos los casos en que se produzca esta acumulación sin dar lugar a una verdadera situación concursal.

La reciente [SAP \(Secc. 5ª\) núm. 343/2014 de Palma de Mallorca \(rec. 527/2014\)](#) muestra lo razonable de esta solución en un supuesto en el que la AEAT embargó a la deudora tributaria la mitad indivisa de un inmueble que, junto con su cónyuge, había adquirido de un banco mediante contrato privado de compraventa. Esto que en el proceso civil de ejecución se contempla en el artículo 629 LEC como una incidencia del embargo que da lugar a la anotación

preventiva de suspensión de la anotación de embargo (artículo 140.1ª RH) para poder tramitar durante ese tiempo –que un juez puede mandar prorrogar hasta más de año y medio, artículos 96 LH y 205 RH– el expediente de declaración de dominio, obligó a la AEAT, por la presencia de terceros no sujetos a la vía de apremio, a presentar demanda contra la deudora tributaria y su cónyuge, como compradores, y contra el banco vendedor, para condenarlos a otorgar escritura pública de compraventa e inscribirla en el Registro de la Propiedad.

§. A nivel interno, una norma de competencia funcional que atribuyera el conocimiento de la acción subrogatoria al tribunal de la ejecución o del embargo del crédito constituye un criterio de conexión *sólido y suficiente* para enervar las normas de competencia territorial o, al menos, las de carácter dispositivo, donde el legislador ya ha valorado la inexistencia de un interés superior que obligue a plantear el asunto ante los tribunales de una determinada circunscripción; pero aun ante fueros imperativos –en mi opinión– debería prevalecer la norma de competencia funcional de la ejecución, porque, aunque su falta es óbice para acumular objetos procesales en el proceso de declaración civil, no lo es para acumular procesos de ejecución.

Esto vale también para enervar los efectos de los pactos de sumisión expresa entre el deudor intermedio y el *debitor debitoris*. Pero es del todo discutible en el supuesto de que el pacto consista en una sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.

§. Si entre deudor intermedio y *debitor debitoris* existe un convenio arbitral, podría pensarse –por identidad de razón– en permitir al juez de la ejecución la suspensión de su eficacia, en la línea de lo que el aptdo. 1 del artículo 52 LC dispone para el supuesto de concurso del deudor²⁸³, pero se trata de una opción discutible.

Hay quien sostiene que la existencia del pacto de sumisión expresa convierte los derechos del deudor en no susceptibles de ejercicio subrogatorio por quedar convertidos, a virtud de tal cláusula, en «inherentes» a su persona²⁸⁴, pero, bien mirado, el argumento utilizado se vuelve contra sí mismo, porque la trascendencia del convenio arbitral consistente en excluir la tutela *judicial* de quienes lo convinieron no debería perjudicar la tutela judicial de un tercero respecto de *sus* propios y legítimos derechos e intereses.

Una eventual suspensión de eficacia de estos pactos resulta menos traumática y más comprensible si la acción subrogatoria se implantara como un incidente declarativo en el marco de un proceso de ejecución, tal y como venimos sosteniendo, o si –mejor– se introdujera técnica monitoria consistente en irrogar al deudor intermedio y eventualmente al *debitor debitoris* la carga de

²⁸³ Artículo 52.1: «La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales».

²⁸⁴ S. GASPAREL, “Eficacia subjetiva del arbitraje”, en *Actualidad Civil*, 1999 (43), p. 1418.

suscitar la discusión plenaria sobre la existencia y contenido del crédito embargado en un proceso declarativo incidental de la ejecución.

En cambio, si mantenemos el ejercicio de la acción subrogatoria en proceso independiente –y, con mayor motivo, si seguimos afirmando que el acreedor es un mero *sustituto procesal* del deudor intermedio– resulta mucho más difícil de justificar la falta de extensión subjetiva del convenio arbitral. El artículo 24 CE, con su mención a la «*tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*» debiera constituir un argumento suficiente para no extender subjetivamente a terceros cláusulas arbitrales que sustraen a los tribunales la cognición de la tutela del acreedor, aunque ésta tenga por objeto mediato una relación jurídica ajena. No obstante, no puede ocultarse que la solución apuntada está en contra de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales de otros lugares, aunque hay que señalar que no es un problema privativo de la acción subrogatoria, sino que se plantea en términos generales respecto de los límites de la cláusula arbitral y sus efectos frente a terceros (como, p. ej., en los supuestos en que las compañías aseguradoras ejercitan la acción de repetición del artículo 43 LCS).

Son opciones de pura política legislativa las que están en juego y en la acción subrogatoria consisten, en definitiva, en decidir hasta qué punto ha de prevalecer la protección del acreedor frente a la del deudor intermedio y el *debitor debitoris* cuando la relación jurídico-material que discurre entre ellos ha entrado ya en un momento patológico de incumplimiento *en perjuicio de tercero*. Si la doctrina insiste en ver a aquél como un mero sustituto procesal, habría que concluir, con la mayor parte de la doctrina italiana y con la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 25 de mayo de 1995²⁸⁵, que la cláusula arbitral alcanza al acreedor que se proponga obrar en sustitución del deudor al amparo de la acción subrogatoria (salvo –en Italia– que la cláusula arbitral se refiera a arbitraje *irrituale o libero*, que es de naturaleza exclusivamente negocial incluso en su decisión final).

§. Puede también resultar dudosa la opción de una norma de competencia funcional en los supuestos en que, por la naturaleza del crédito embargado –

²⁸⁵ *Giurisprudenza italiana*, enero 1996, I, 1, pp. 1524 y ss., con nota de. MURONI, “L’ambito soggettivo della clausula compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria” y de C. CONSOLO, “Postilla: su arbitrato, azione surrogatoria e designazione degli arbitri” (pp. 1528 y ss.). Sobre la cuestión planteada puede verse también M. RUBINO–SAMMARTANO, *Il diritto del arbitrato*, I, 6ª ed., Padua, 2006, pp. 408-409; y E. ZUCCHONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milán, 2004, pp. 143 y ss., espec. 347-353.

Por su parte, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha aplicado en varios de sus laudos el mismo criterio a los supuestos en que se ejercita la acción de repetición por subrogación en virtud de pago por parte de las compañías aseguradoras frente al causante del siniestro; aunque, respecto de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora la solución debe ser la contraria. *Vid.* GIL MINGUILLÓN, *La litispendencia arbitral internacional. Extensión de la eficacia del convenio*, La Rioja, 2014 [v.e. disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/13814.pdf>], pp. 64-72 y 137-139, donde expone su parecer contrario a que se extienda subjetivamente la cláusula arbitral al perjudicado que directamente se dirige frente a la compañía aseguradora del causante del siniestro.

pensemos en derechos de la propiedad intelectual—, el conocimiento sobre el crédito del deudor intermedio estuviera dado a los Juzgados de lo Mercantil.

La solución que se diera aquí es, así mismo, opinable, como lo son en general todos los problemas que se suscitan en relación con las materias no exclusivas de los Juzgados de lo Mercantil en el artículo 86.ter.2 LOPJ²⁸⁶. Pero, puesto que se trata de «materias no exclusivas», no se ven motivos para impedir que una norma de competencia funcional sobre ejecución terminara dando el conocimiento de la acción subrogatoria, indistintamente, a un Juzgado de Primera Instancia o a un Juzgado de lo Mercantil, a diferencia de lo que acontece en materia de acumulación de acciones y de procesos declarativos en los que la competencia objetiva se erige en presupuesto procesal insoslayable (artículos 73.1.1º y 77.2 LEC).

§. Finalmente, y en relación también con las competencias —esta vez *exclusivas*— del Juzgado de lo Mercantil en materias concursales (artículos 86 *ter.1* LOPJ y 8 LC), la declaración sobrevenida del concurso de acreedores plantea delicadas cuestiones acerca de su incidencia sobre el proceso en el que se esté ejercitando la acción subrogatoria y que no consiguen solucionar satisfactoriamente ni la tesis que sostiene su carácter íntinseco del artículo 1111 CC en el crédito del acreedor, ni tampoco la que propugna que la acción subrogatoria confiere una legitimación del acreedor por sustitución para dirigirse frente a un tercero.

Lo intrincado de las interferencias entre la pluralidad de efectos de la declaración de concurso y el proceso de declaración de la acción subrogatoria nos hace desistir de desarrollar en este trabajo un estudio que requiere conocimientos especializados en materia concursal para aplicarlos al abanico de supuestos que se abren según que el sujeto declarado en concurso sea el acreedor (sujeto A), el deudor intermedio (sujeto B) o el *debitor debitoris* (sujeto C). Nos basta para ilustrarlo con la suposición de que sea declarado en concurso el deudor intermedio, que es el caso más complejo por su doble condición de deudor-acreedor.

Este supuesto permite ver lo insatisfactorio de concebir la acción subrogatoria como una facultad ínsita en el derecho de crédito del acreedor (sujeto A) o como un poder del todo autónomo ejercitable en proceso declarativo independiente, por su inidoneidad frente a la aplicación del artículo 51 LC. Según este artículo, el proceso en el que sea parte el deudor concursado continúa su substanciación hasta el dictado de sentencia firme con acusadas peculiaridades que no terminan de encajar bien en el supuesto de una acción subrogatoria “autónoma”.

De lege lata, los efectos que se siguen de la declaración de concurso del deudor intermedio (sujeto B) no deberían producir ninguna modificación subjetiva en el proceso singular pendiente instado por el acreedor frente al *debitor debitoris* (sujeto C), ni alterar tampoco la competencia del tribunal que venga conociendo

²⁸⁶ Vid, por todos, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, 2002, pp. 1-10.

de la subrogatoria, porque, si se sostiene que el deudor intermedio no tiene que ser parte en el proceso de la subrogatoria como asume la doctrina, faltaría el presupuesto que desencadena la aplicabilidad del artículo 51 LC, sobre *continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes* ante el juez del concurso, consistente en que en el proceso declarativo sea *parte* el deudor que es declarado en concurso, que es precisamente el sujeto que resulta preterido –según la mayoría de la doctrina– en el proceso en el que se ejercita autónomamente la acción subrogatoria. Esto es, la acción subrogatoria consentiría, por su carácter oblicuo, en perpetuar la legitimación del acreedor A *en sustitución del deudor concursado*, pese a que, incluso, se le hayan llegado a suspender al deudor intermedio sus facultades de disposición y administración y a que el artículo 51.2 LC supedita el ejercicio de sus derechos a los intereses de la masa concursal –no al interés de cada acreedor singular– mediante la sucesión procesal de la administración concursal en el lugar ocupado por el deudor concursado (o, en los casos de mera intervención –artículo 51.3 LC–, a un régimen de autorización de actos procesales dispositivos).

Más bien, y con independencia –hipotéticamente– de que sea o no parte el deudor concursado, es el *acreedor demandante* el que debería ser –por no emplear la palabra sustituido– “sucedido” procesalmente por la administración concursal en el proceso en curso frente al *debitor debitoris*, si es que, en realidad (y, con mayor motivo, si el artículo 1111 CC se conecta con el embargo de derechos), no debiera entregarse el conocimiento del proceso al mismo tribunal del concurso, pese a que el proceso en el que se ejercita la subrogatoria es formalmente un proceso declarativo independiente de los que no se ven afectados por la *vis attractiva* del concurso.

7.4. EFICACIA JURÍDICO-MATERIAL DE LA SENTENCIA Y LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL EN LA “ACCIÓN” SUBROGATORIA

§. Todavía no hemos terminado de insistir suficientemente en la conveniencia de atribuir a la acción subrogatoria de naturaleza de medio de realización del embargo, que conduciría a colocarla en una nueva sección en el Capítulo III (*Del embargo*) del Título IV del Libro III de la LEC. Esa conveniencia también puede verse en la intrincada cuestión –a veces, una verdadera petición de principio o aporía– del tratamiento procesal del derecho de audiencia del deudor intermedio, de las garantías del demandado (*debitor debitoris*) y de los límites subjetivos de la cosa juzgada material²⁸⁷.

²⁸⁷ La literatura sobre la ausencia, presencia, litisconsorcio pasivo e intervención procesal y sus relaciones con la cosa juzgada material es bastante abundante; hemos tomado como referencias principales para este apartado las obras de A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa, y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991 y *Objeto del proceso y cosa juzgada...*, cit., pp. 182-205; A. PROTO PISANI, “Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, pp. 1216 y ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, reim. 1992, pp. 247-261; G. A.MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 115-123; J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 384-386; J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 110-121 y 180-193; I.

§. Estos problemas no existen para quienes ven en el acreedor del artículo 1111 CC a un *representante legal* del deudor intermedio, al que, en consecuencia, afectará el proceso como parte *representada*; o, mejor, ven el problema, como lo demuestra el estudio de CANGINI²⁸⁸, pero prefieren abordarlo –como se está proponiendo ahora en Francia²⁸⁹– desde la representación, en lugar de hacerlo desde la legitimación y enfrentarse al dilema de tener que optar entre conformarse con una eficacia jurídico-material *ultra partes* de la sentencia, que opera con relativa eficacia *secundum eventum litis*, o resolver los problemas de integración del contradictorio de otra manera.

Esta teoría de la representación no acierta en el caso que consideramos y, además, es engañosa, porque alcanza el resultado deseado de extender subjetivamente la cosa juzgada material al deudor intermedio esquivando el problema de su audiencia en el proceso y no podemos más que censurarla. Ahora bien, tiene la virtud de poner de manifiesto una verdad indiscutible de la acción subrogatoria: la de que la eventual *eficacia jurídico-material* de la sentencia se produce directa e inmediatamente en la esfera jurídica de deudor intermedio y *debitor debitoris*; la sentencia –se dice– «hace estado» frente al deudor intermedio, haya sido o no citado e independientemente de que intervenga o no²⁹⁰.

Otra cosa –como decimos– es la *eficacia de cosa juzgada material*, que –no olvidemos– consiste en una *vinculación jurídico-procesal* que no puede ponerse de espaldas a la eficacia jurídico-material de la sentencia, pero cuya definición es *técnica* y debe respetar también las exigencias de justicia del proceso; por esta razón cuenta con *límites subjetivos*, dados en garantía de quienes no han sido parte en el proceso, no han podido configurar su objeto y no han tenido la oportunidad de influir en el signo de la resolución.

§. La eficacia jurídico-material de la sentencia²⁹¹ consiste en obrar el efecto declarativo, constitutivo o de condena que se siguen de los pronunciamientos de la sentencia, y es una eficacia muy diferente de la cosa juzgada en sentido jurídico-procesal. A diferencia de ésta (que se produce con independencia del signo de la sentencia de fondo), la eficacia jurídico-material sí tiene un relativo valor *secundum eventum litis* que se advierte con claridad en el supuesto de la

RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, cit., pp. 104-127; J.C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 291-299; J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria*, cit., pp. 231-237; y P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada...*, cit., pp. 340-354.

Respecto de entera categoría de sustitución procesal, *vid.* que ya se dijo *supra* Parte I, Cap. IV, epígrafe 6.6. Cosa juzgada material y sustitución procesal, pp. 216 y ss.

²⁸⁸ T. CANGINI, “L’azione surrogatoria in relazione alla cosa giudicata”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1921, pp. 253-269.

²⁸⁹ *Vid. supra* nota 2.

²⁹⁰ Por todos, *vid.* T. CANGINI, “L’azione surrogatoria in relazione alla cosa giudicata”, *loc. cit.*, 255.

²⁹¹ *Vid.* A DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., pp. 29-31; M. CEDEÑO HERNÁN, *Tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Granada, pp. 31 y ss.; y P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada...*, cit., pp. 54-55.

acción subrogatoria: los efectos jurídico-materiales declarativos, constitutivos o de condena a los que aspira el acreedor sólo los despliega la sentencia *estimatoria* y se producen directa e inmediatamente en la esfera jurídica del deudor intermedio (y en la del *debitor debitoris*), mientras que si la sentencia es desestimatoria –de fondo, se entiende– sólo tiene para demandante y demandado –pero no para el deudor si no ha sido parte– el efecto jurídico-material de la desestimación de la demanda y la *consumptio* o consunción de la acción basada en la *res in iudicio deducta* (esto es, aproximadamente, su extinción por causa de ejercicio).

En cambio, la eficacia de la cosa juzgada material como vínculo jurídico-procesal tiene de suyo límites subjetivos en las partes del proceso, por dos exigencias lógico-jurídica, (pueden reducirse a una sola, pero preferimos desdoblarlas en dos): 1ª) para impedir que lo decidido en un proceso iniciado por o contra un sujeto carente de legitimación pueda afectar a los legítimos titulares de la relación jurídica que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso²⁹²; y 2ª) porque sólo las partes del proceso tienen, con su actividad de alegación y de prueba, la posibilidad de influir en la conformación fáctica y jurídica de la decisión jurisdiccional. Si la eficacia de la cosa juzgada no tuviera unos límites subjetivos, no sólo se estaría imponiendo a alguien un determinado resultado de la actividad jurisdiccional obtenido sin su participación, es decir, sin haber tenido la posibilidad de combatirlo, variarlo o evitarlo, con lo cual se le ocasionaría una manifiesta indefensión, sino que, más aún, el propio proceso civil habría variado su función última de medio para la resolución de conflictos *intersubjetivos* jurídico-privados. Ambas exigencias influyen decisivamente en la recíproca relación que existe entre límites objetivos y límites subjetivos de la cosa juzgada, por la evidencia de que los derechos subjetivos o los intereses legítimos de un sujeto no acceden al proceso civil en su pura objetividad, sino relativizados por los sujetos en las concretas relaciones o situaciones jurídicas que se invocan como fundamento de sus pretensiones, y sólo a ellas les compete la carga de alegarlos y de acreditarlos en el proceso.

§. Conviene, pues, distinguir estos dos planos²⁹³. Teniéndolos presentes, se apreciará que la cosa juzgada juzgada material de la sentencia de fondo dictada

²⁹² Por su elementalidad, a veces se olvida este primer motivo; sin embargo, hay que señalarlo cuando se trata de diferenciar entre eficacia jurídico-material y eficacia jurídico-procesal de la cosa juzgada y recordar las palabras de PRIETO-CASTRO: «la sentencia dictada entre partes no legitimadas podrá ser cosa juzgada para ellas, pero no para los legitimados» (*Derecho procesal civil*, I, cit., p. 315).

²⁹³ No los respetan, en cambio, quienes como GARBAGNATI (*La sostituzione processuale*, cit., p. 277-303) o ALLORIO (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pp. 128-129 y 249-269) o C. Turín, 1959, pp. 136-143), interpretan que las propias normas legales habilitantes de sustitución procesal –p. ej., el artículo 2900 cc– justifican que la cosa juzgada material se forme, directa e inmediatamente, con el sujeto sustituido y realizan una interpretación forzada del término «partes» en sentido «material», como sinónimo de los sujetos de la relación jurídico-material litigiosa. Tampoco NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal*, cit., pp. 110-121 y 180-193), pero es coherente con los postulados de quienes abogan por la desaparición de límites subjetivos de la cosa juzgada que se deducirían entonces de los objetivos (*vid. su La cosa juzgada*, Madrid, 2006); otra cosa es que no se comparta este planteamiento, que implica

en el proceso del acreedor del artículo 1111 CC no opera *secundum eventum litis*. Su vinculación jurídico-procesal es –con independencia del signo del fallo– siempre la misma y siempre *inter partes* (o *ultra partes*, pero sólo limitada a las personas mencionadas en el artículo 222.3 LEC). Lo que no opera *inter partes*, por la propia naturaleza de toda sentencia como acto jurídico, es la eficacia jurídico-material de la sentencia, que opera como un gas, sin límites subjetivos. En cambio, la eficacia jurídico-procesal de la cosa juzgada material contiene primordialmente sus límites a las «partes» del proceso y, por motivos jurídico-materiales (que no se niegan, al contrario), a «herederos y causahabientes» y a otras personas relacionadas en el artículo 222.3 LEC, entre las que hoy, tras la corrección de errores del BOE núm. 90 de 14 de abril de 2000, no se menciona a «los titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes» del artículo 10.II LEC, sino a los consumidores y usuarios que fundamentan la legitimación de los sujetos del artículo 11 LEC.

La mayor parte de los autores han criticado la particular “corrección de errores”, porque con ella «se deja sin solución legal a los demás casos de legitimación extraordinaria, incluidos los de legitimación por sustitución»²⁹⁴. La tal «corrección de errores» merece la crítica de no serlo en realidad, sino de consistir en una reforma legal encubierta; pero, en cuanto al fondo, no debe censurarse que si no se tienen claros *cuáles* son los supuestos a los que por remisión se refiere una norma de extensión *ultra partes* de la sentencia, no exista esa norma que podría causar incalculadamente más perjuicios que beneficios.

§. A nadie se le escapa que si con la teoría de la representación no pueden obviarse las exigencias del principio de audiencia del deudor intermedio en el proceso de la acción subrogatoria, tampoco pueden hacerlo afirmaciones

una “deconstrucción” de –primero– la teoría sobre la legitimación de partes y terceros en el proceso civil, que regresa al Derecho civil; y –segundo– también de la cosa juzgada, que vuelve a teñirse de naturaleza jurídico-material y encierra el riesgo de acabar convirtiendo el proceso civil en una herramienta constitutiva de los derechos y de las relaciones jurídicas *coram populo*. Las críticas pueden verse en G. A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 66-69.

²⁹⁴ P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia, 2008, p. 345. En el mismo sentido crítico, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 190, que califica como «desgraciada» la corrección de errores, y más comedidamente, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada...*, cit., pp. 188-189 y *sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pp. 44 y ss; I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil)*, Madrid, 2010, pp. 199-200; e I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial e la acción subrogatoria*, cit., pp. 177-178 y 187-188. Por nuestra parte, además de lo que se dice en el texto, entendemos que la razón de la “contrarreforma” de la corrección de errores del BOE, aun no siendo fácil de adivinar como explica CALDERÓN CUADRADO (*Tutela civil declarativa...*, cit., p. 482, nota 88), puede deberse a la regulación especial y separada de la legitimación en materia de consumidores y usuarios y de la eficacia de las sentencias dictadas en estos procesos supraindividuales como preceptos específicos (hoy, en los artículos 11 y 221 LEC), y al mero error, cuando se renumeraron los preceptos durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de mantener la remisión al artículo 10 LEC, pese a que la legitimación de asociaciones de consumidores y usuarios se recogía en el aptdo. 3 del entonces artículo 9 del proyecto, que se desgajó en su paso inicial por el Congreso de los Diputados.

apodícticas sobre el carácter extraordinario de la legitimación del acreedor del artículo 1111 CC, tan habituales en la jurisprudencia y en la doctrina²⁹⁵.

Cualquier norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada debe tener en cuenta –sí– la posición jurídica de los sujetos a los que se extiende (su *legitimación*), porque sólo parece razonable implantarla respecto de los terceros que se encuentran en *idéntica situación jurídico-material* que las partes respecto de lo que constituye su objeto, pero también estos otros dos valores, tanto o más importantes:

1º) En primer término, la necesidad de preservar la audiencia del sujeto titular sustituido. En el caso de la acción subrogatoria, no se puede perder de vista que cuando ésta se ejercita en proceso independiente y autónomo son *sus* relaciones jurídico-materiales las directamente enjuiciadas –tal y como las haya deducido el acreedor– y es *su esfera patrimonial* el plano en el que operará la eficacia jurídico-material de la sentencia. Se impone, pues, que al menos tenga la oportunidad de ser oído en el proceso; que se preserve su derecho de audiencia que el artículo 14.1 PIDCP garantiza a toda persona «en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil» (cfr. artículos 10 DUDH y 6.1 CEDH) y que forma parte de uno de los contenidos de nuestro derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (y también objeto del derecho fundamental de defensa del artículo 24.2 CE).

Si esta garantía no es respetada –como no lo está siendo en la mayor parte de los casos en que se ejercita la subrogatoria–, al deudor intermedio no sólo no le debe afectar la cosa juzgada material de la sentencia que se dicte en el proceso, sino que, antes, sin su presencia en él no podrá –a mi juicio– dictarse sentencia sobre esa relación suya con el tercero.

Cuando se ejercita la acción subrogatoria como “autónoma”, la legitimación pasiva es necesariamente común al deudor intermedio y al *debitor debitoris* porque la relación jurídica entre ellos es *inescindible*: en el proceso se determinará la obligación del *debitor debitoris* en el polo pasivo pero también inescindiblemente el derecho del deudor intermedio en el polo activo. Y esta inescindibilidad no consiente la artificiosidad de considerar que el *creditor creditoris* cuando ejercita la subrogatoria “se coloca en” y suple con su presencia el lugar que corresponde al deudor intermedio como acreedor en esa relación.

Por tanto, no se trata sólo de que en su ausencia el deudor intermedio reciba los *efectos jurídico-materiales* de la sentencia que operan con la eficacia *secundum eventum litis* que hemos indicado, sino de un verdadero *óbice* que impide entrar a conocer el fondo y pronunciarse sobre esa relación ajena sin que en el proceso estén todos los sujetos que son sus titulares activos y pasivos. La existencia de

²⁹⁵ Por todos, vid. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 283 y 292; L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, 1985, p. 323 F. CORDÓN MORENO, “Artículo 10. Condición de parte procesal legítima”, en *Comentarios...*, cit., p. 130 y, antes, en su “De nuevo sobre la legitimación”, loc cit., p. 82.

este supuesto de litisconsorcio pasivo necesario impropio se incardina con toda claridad en lo dispuesto en el aptdo. 2 del artículo 5 LEC: «*las pretensiones (...) se formularán (...) frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida*».

2º) En segundo término, ha de tenerse también en cuenta el valor –auténtica necesidad– de la seguridad jurídica. En el debate sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso en el que se han deducido las pretensiones del deudor intermedio, la presencia o ausencia de éste no debe eclipsar el valor de la seguridad jurídica y hacer olvidar que la eficacia *negativa* de la cosa juzgada está dada *primordialmente* en garantía *del demandado*, aunque no cumple sólo esta finalidad (también la de evitar sentencias contrarias y, antes aún, la de prodigar tiempo y medios en la tramitación de un segundo proceso idéntico al primero).

Este segundo aspecto se olvida muy a menudo y no es el menor de los problemas que plantean los límites subjetivos de la cosa juzgada en la acción subrogatoria. La existencia de una verdadera norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada a quien debe beneficiar es al *debitor debitoris*, para impedir la posibilidad de ser demandado –y condenado o absuelto– *tantas veces cuantos acreedores tenga su acreedor* que se decidan a deducir las mismas pretensiones.

En el caso de la acción subrogatoria es dable pensar, por tanto, que la norma conveniente de extensión *ultra partes* no es aquella que la extienda al deudor intermedio, sino la que comprenda a sus restantes acreedores.

§. La cuestión sobre la ausencia o presencia del deudor intermedio en el proceso de la subrogatoria ha sido espléndidamente defendida por MONTELEONE en su monografía sobre la acción subrogatoria y en su posterior estudio sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada; en este último expresa con vigor que repugna a la razón y al sentido del derecho:

«que un ordenamiento jurídico ligado a un cierto grado de civilización muy difícilmente tolere la sujeción a la cosa juzgada *inter alios* del titular del mismo derecho sobre el que se ha pronunciado la sentencia, o de una posición jurídica a él estrechamente coordinada, cuando no haya sido llamado a la controversia. Por el contrario, en supuestos tales, es preeminente la exigencia de que todos ellos, que se encuentran en aquella determinada posición jurídica, sean colocados en situación de actuar y de defenderse en el juicio»²⁹⁶.

La ausencia del deudor intermedio en el proceso de la subrogatoria no puede, en efecto, deducirse como una necesidad lógico–jurídica que se encuentre implícita en la norma que consiente al acreedor deducir las pretensiones de su deudor frente a tercero, como se pretende mayoritariamente y cuyo conocimiento general exime de cita. Esta postura incurre en el vicio de *non*

²⁹⁶ G. A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., p. 116. Sostienen la misma postura sobre la existencia de litisconsorcio pasivo necesario PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Nápoles, 1965.

sequitur, como bien expresa MONTELEONE con las siguientes palabras que reproducimos –la traducción es mía– por la fuerza de sus argumentos:

«Pero de esta constatación en sí exacta [se refiere al artículo 81 *cpc* sobre sustitución procesal y la existencia de normas que la autorizan excepcionalmente] y de aquella que le es conexas de que no es preciso un caso de extensión a tercero de la cosa juzgada *inter alios*, a la afirmación de que dicha cosa juzgada se forme con respecto al sustituido independientemente de la necesaria instauración del contradictorio con él va no un simple salto, sino un abismo lógico y jurídico al mismo tiempo. Lo cierto, de hecho, es exactamente lo contrario: precisamente porque el derecho deducido en el proceso por el sustituto procesal pertenece a otros, precisamente porque la cosa juzgada debe formarse frente a ellos sin que haya extensión, y so pena de convertir en inútil el desarrollo de la legitimación extraordinaria, debe categóricamente afirmarse, en obsequio a la recta aplicación del principio contradictorio, de las normas sobre legitimación y de la norma sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada, que el sustituido ha de ser siempre llamado necesariamente al proceso (...) Sería manifiestamente iniquo y absurdo lo contrario, a menos que especiales y explícitas disposiciones de ley, introduciendo algunas excepciones que trastornan los fundamentos de nuestro ordenamiento, no dispongan expresamente en ese sentido»²⁹⁷.

En nuestro país nadie baraja la existencia de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario impropio en este supuesto; por el contrario, está muy implantada la idea de que la cosa juzgada del proceso del acreedor sustituto extiende *per se* su límites al deudor intermedio o sujeto sustituido, como efecto consustancial y natural de la legitimación por sustitución. El razonamiento viene a ser, más o menos, éste: por lo mismo que en estos supuestos el legislador ha ampliado la legitimación a otro sujeto, así la cosa juzgada debe extenderse subjetivamente para comprender al sujeto que es titular de la *res de aqua agitur*. Pero este razonamiento es falaz, al menos en lo que hace a los procesos de declaración “autónomos” instados por los acreedores *ex* artículo 1111 CC.

§. La exigencia de preservar la audiencia del deudor intermedio es totalmente incompatible con una norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada que le alcance. Al contrario, lo más conveniente son acaso otras –distintas e incompatibles– de litisconsorcio pasivo necesario *propio* o de intervención provocada del deudor intermedio a instancia de parte, aunque esta norma dejaría todavía sin resolver si la cosa juzgada material del proceso de la subrogatoria constituye un óbice procesal para la substanciación de otros procesos que pudieran iniciar los demás acreedores del deudor común respecto del mismo derecho del deudor intermedio.

En este punto, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la intervención provocada, que es la imponer a un tercero la carga del proceso ajeno, no la cumple la mera comunicación procesal que contempla el artículo 150.1 LEC²⁹⁸.

²⁹⁷ G. A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., p. 119.

²⁹⁸ Así, en este sentido, M. ORTELLS RAMOS, “Intervención de terceros en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: Legitimación, información de la pendencia del proceso y poderes del interviniente”, en *Rigor doctrinal y práctica forense. Liber Amicorum en*

Algunos autores la esgrimen para suplir la omisión de una verdadera norma de intervención procesal provocada del deudor intermedio a instancia de parte²⁹⁹, pero su función —con ser importante— es otra más modesta: la prevención de procesos fraudulentos en perjuicio de terceros que son titulares de una relación distinta pero condicionada jurídico-materialmente por aquella otra que está siendo enjuiciada. La comunicación del artículo 150.1 LEC permite a todo tercero titular de un mero interés legítimo acceder voluntariamente al proceso ajeno para poder influir en la conformación de la sentencia que reflejamente dejará sentir sus efectos en la relación de la que el tercero es parte. *No* está pensada para integrar el contradictorio en la posición activa, ni para imponer la «carga del proceso» a terceros titulares de interés directo, irrogándoles —comparezcan o no en el proceso— la condición de parte, aunque, tal y como define nuestro TC la indefensión, la mera puesta en conocimiento del proceso para el deudor intermedio colmaría las exigencias constitucionales del artículo 24.1 CE.

En nuestro proceso no deben confundirse las normas casuísticas de intervención provocada a instancia de parte con la *citazione* imperativa del deudor intermedio que el artículo 2900.2 cc italiano impone al acreedor demandante³⁰⁰. Esta previsión está relacionada, en Italia, con *chiamata in causa* a instancia de parte (artículos 106 y 269 cpc), que es facultativa para las partes, pero también y sobre todo con la peculiar figura del *intervento coatto* por orden del tribunal o *iussu iudicis* (artículos 107 y 270 cpc), en virtud del cual el tribunal italiano puede imponer a las partes la carga de ampliar subjetivamente el proceso provocando la llamada de terceros a los que resulte común la causa, con el efecto de que, en caso de no realizar la citación, se procede al archivo del proceso. En nuestro ordenamiento procesal no existe, en cambio, un mecanismo semejante al italiano: la ampliación subjetiva del proceso no cabe en nuestro Derecho procesal por la iniciativa del tribunal y los casos de intervención provocada son todos a instancia de las partes iniciales del proceso, facultativos para ellas, y de carácter tasado, en el entendimiento de que una potestad de

homenaje al Prof. Vázquez Sotelo, Barcelona, 2009, pp. 716-721, aunque posteriormente se ha desdicho.

²⁹⁹ Así, entre otros, P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada...*, cit., p. 349 y J. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, 2006.

³⁰⁰ El aptdo. 2 del artículo 2900 cc italiano dispone que «*il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi*». Esta citación fue otra de las novedades del *Codice civile* de 1942, que ya figuraba en el proyecto de 1936 aunque tomó forma definitiva en el de 1940. Antes, abogó por esta solución, frente a la tesis de CHIOVENDA y de REDENTI sobre la existencia de litisconsorcio pasivo necesario impropio, Sergio COSTA, quien en su monografía sobre *L'intervento coatto* (Padua, 1935, pp. 51-54) propuso la citación del deudor intermedio como medio para evitar, de un lado, los beneficios ventajistas de la eficacia *secundum eventum litis* de la sentencia para el deudor intermedio, pero también una norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material al deudor ausente. La interacción de ese artículo 2900 CC con los que regulan la intervención *iussu iudicis* constituyen, en definitiva, un expediente de integración del contradictorio en los casos de litisconsorcio activo cuasi-necesario que siguen también otros modelos de acción subrogatoria, como el que encontramos en el artículo 608 CC portugués («*sendo exercida judicialmente a sub-rogação, é necessária a citação do devedor*») o incluso —más lejanamente— en el artículo 405 del *Korean Civil Act*.

oficio o de carácter no tasado desviaría, a la postre, nuestro proceso civil de su función de resolver conflictos *intersubjetivos* privados dentro de los términos en que los sujetos concernidos los hayan planteado.

§. El carácter facultativo que se deduce de los supuestos de intervención procesal a instancia de parte en nuestro ordenamiento nos inclina a preferir la creación de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario *propio*. La existencia de un verdadero supuesto de litisconsorcio pasivo necesario impropio debería deducirse sin más de la recta interpretación del aptdo. 2 del artículo 5 LEC; pero, dado los equívocos que entraña la figura –o el nombre– de la “sustitución procesal” y su arraigo en la acción subrogatoria, la introducción de una norma expresa evita dejar a la interpretación que se desvanezca la apariencia de que el acreedor se coloca en el lugar del deudor y ejercita por él sus acciones: siempre habrá quien argumente –en la línea de la postura que criticamos– que constituye una retorsión que el titular del derecho que es objeto del proceso –el deudor intermedio– haya de figurar como parte pasiva en el proceso en el que se conoce de él.

§. Con todo, la concepción autónoma de la acción subrogatoria presenta hoy el problema de que, tras la corrección de errores y ante la ausencia de una norma específica de intervención provocada a instancia de parte, no se alcanza a explicar *si y en qué medida* la sentencia dictada en el proceso de la subrogatoria alcanza al deudor intermedio.

Más fácil se adivina la solución a estos problemas negando la naturaleza autónoma de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC y concibiéndola como un incidente declarativo funcionalmente relacionado con un acto de embargo del derecho del deudor intermedio cuando el cumplimiento inmediato resulte contestado o controvertido por el tercer deudor (o sus litisconsortes necesarios). Incluso puede pensarse en introducir técnica monitoria, para irrogar al *debitor debitoris* la carga de promover, frente al acreedor embargante y al deudor intermedio, el conocimiento plenario sobre el crédito embargado por parte del tribunal, habida cuenta de las dificultades del acreedor embargante para conocer y, en su consecuencia, alegar y probar las circunstancias de una relación jurídica que le es completamente ajena pero en las que ha de basar las pretensiones de cuyo éxito depende la satisfacción de su crédito, así como la suerte de la condena en costas.

§. Como venimos señalando, lo que, a la postre, está en juego son decisiones de pura política legislativa y de elección de técnicas procesales para tutelar mejor el crédito ante una *situación patológica de incumplimiento* en perjuicio de tercero: la de decidir –dicho sea gráficamente– si mantenemos al acreedor del artículo 1111 CC en la “vía preferente” de la ejecución o, por el contrario, le hacemos circular por la “carretera secundaria” de un proceso declarativo autónomo en el que la carga de la prueba equivale a circular con los neumáticos pinchados.

Motivos de extensión, de tiempo y, sobre todo, el objeto de este trabajo me obligan a no profundizar más en esta figura, que merece un estudio monográfico. Cualquiera de estas opciones convendría debatirlas en un replanteamiento sobre la acción subrogatoria y no son una solución irrazonable

a los múltiples problemas que surgen si se la considera como una acción autónoma o –lo mismo da– como una legitimación extraordinaria por sustitución del deudor. Tanto si se comparte lo que aquí se defiende como si no se comparte y se sigue manteniendo el ejercicio autónomo, independiente y flexibilizador de nuestra acción subrogatoria, sigue estando necesitada de un régimen jurídico que desarrolle el mero enunciado del artículo 1111 CC³⁰¹ y que –desde luego– no pasa por revertir la “corrección de errores” del artículo 222.3 LEC, sino, al contrario, por reivindicar el respeto del derecho de audiencia del deudor intermedio que la equívoca “sustitución procesal” le ha negado.

³⁰¹ Aisladamente, en muchas provincias argentinas y en Paraguay encontramos un conjunto de normas procesales concebidas para ser aplicadas en un proceso declarativo independiente instado por el acreedor de forma separada. En Paraguay esas normas se encuentra en la Sección IV (la De la acción subrogatoria) del Capítulo V (De la intervención de terceros y de las tercerías) del Título III (De las partes, sus representantes y los terceros) del Libro I (De las disposiciones generales) del Código Procesal Civil, de 1988, que proporciona un mero ejemplo ilustrativo:

«Sección IV, De la acción subrogatoria

Artículo 93. Procedencia y trámite. El ejercicio de la acción subrogatoria no requerirá autorización judicial previa. Se sustanciará por el trámite que corresponde a la naturaleza y valor de las obligaciones que se atribuyen al demandado, con las modificaciones que prescriben los artículos siguientes.

Art.94. Citación. Antes de correrse traslado al demandado, se citará al deudor por el plazo de nueve días, durante el cual éste podrá:

- a) formular oposición, fundada en que ya dedujo la demanda o en la manifiesta improcedencia de la subrogación; y
- b) interponer la demanda, en cuyo caso se le considerará como autor y el juicio proseguirá con el demandado.

En este último supuesto, así como cuando el deudor hubiere ejercido la acción con anterioridad, el acreedor podrá intervenir en el proceso, en la calidad de tercero coadyuvante.

Artículo 95. Intervención del deudor. Aunque el deudor, al ser citado, no ejerciere ninguno de los derechos acordados en el artículo anterior, podrá intervenir en el proceso en la calidad prescripta para los terceros interesados.

Artículo 96. Obligación del deudor. En cualquiera de los casos previstos por los artículos anteriores, el deudor estará obligado a absolver posiciones, reconocer documentos y prestar la colaboración necesaria, con los mismos efectos y apercibimientos que las partes».

SECCIÓN II

Sustitución y masas patrimoniales

1. Introducción

§. En términos generales, la doctrina procesalista no suele considerar hoy incluidas en el ámbito de la sustitución procesal las masas o los patrimonios separados, como antiguamente sucedía con síndicos, administradores, depositarios de quiebras y suspensiones de pagos, el administrador del ausente o de la herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario.

En el pasado se entendió –y hoy siguen valiendo en parte estas consideraciones– que en la quiebra y en el concurso quedaba el deudor *privado de legitimación* en sentido jurídico–civil –hoy, se intervienen o se suspenden sus facultades de administración y de disposición patrimoniales–, de suerte que, limitado el titular en estas facultades, no podía realizar válidamente actos jurídicos sobre su propio patrimonio. No un problema de privación, sino de *imposibilidad* en el ejercicio de los derechos y obligaciones era el que se planteaba –paradigmáticamente, en la situación de yacencia hereditaria– en los otros supuestos de masas patrimoniales.

En el terreno procesal, los autores estaban divididos entre tratarlos como un caso de *falta de capacidad procesal* del concursado (para ejercitar sus derechos patrimoniales) o de *falta de legitimación*, que parecía trasladada a síndicos, administradores, depositarios, albaceas y similares. Consecuentemente, la doctrina oscilaba entre considerarlos como *partes por razón del cargo*¹, como un supuesto de *desplazamiento de la legitimación o sustitución procesal*², o por considerarlos, por el contrario, representantes necesarios de la masa concursal o hereditaria³.

Difícil es señalar el momento en el que todos estos casos pasaron a ser tratados mayoritariamente por la doctrina como supuestos en que la propia *masa patrimonial* merecía ser considerada transitoriamente como un *sujeto procesal distinto*, dotado de capacidad para ser parte, cuya actuación en juicio o capacidad procesal corresponde atribuirle a una persona física, administradora, que actuaba no como un sujeto legitimado, sino en calidad de representante⁴.

¹ PRIETO–CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I, 2º, Pamplona, 1985, p. 271.

² GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, 8ª ed., 1976, pp. 127 y 141-2.

³ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, Barcelona, 1992, p. 246.

⁴ Doctrinalmente el punto más claro de inflexión de nuestra doctrina se halla en DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971, donde este autor abogó por reconocer capacidad para ser parte, sobre todo pasiva, a la sociedad irregular mercantil. Este estudio estableció las bases para ubicar correctamente –como hoy mayoritariamente se asume– los problemas procesales de estas situaciones concursales y hereditarias en el ámbito de las capacidades de la parte, sustrayéndolos de la sustitución procesal en la que muy a menudo venían encuadrados.

Pero, en todo caso ya antes de la LEC *de lege ferenda* y, sobre todo, a partir ésta y de la Ley Concursal de 2003, es más sencillo tratar estos supuestos, que reciben así un mejor tratamiento *en el proceso*, como supuestos que trascienden a la sustitución procesal, para ubicarlos en una suerte de legitimación extraordinaria dotada de un fundamento jurídico-material propio, que se construye sobre la premisa de una capacidad meramente procesal y transitoria del propio patrimonio autónomo, a cuyo interés o beneficio se limitan los intereses de los sujetos particulares involucrados como eventuales titulares individuales.

Esta afirmación requiere alguna explicación ulterior que servirá para ilustrar cómo los problemas que se presentan en estas situaciones son abordados, desde el Derecho procesal, a través de distintas técnicas, especialmente mediante la personificación misma de «las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración», como así ha hecho la LEC en la previsión general del artículo 6.1.4º LEC.

§. Pero, antes, aclaremos –por obvio que resulte– que queda fuera de estas situaciones la muy obsoleta actuación del marido respecto de los bienes dotales prevista en el artículo 1357 CC hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se suprimieron –entre muchos otros aspectos personales y patrimoniales del Derecho de familia– los bienes dotales⁵. La sustitución procesal o cualquier clase de legitimación extraordinaria han perdido su sentido en este supuesto. La razón no radica en la dificultad de esclarecer a cuál de los cónyuges o a ambos compete la legitimación activa o la pasiva en un determinado proceso, sino, más profundamente, en que la situación de sujeción que comporta la sustitución procesal para el pretendido sujeto “sustituido” –la esposa, respecto de los bienes dotales– es hoy incompatible con la configuración de las relaciones conyugales. En su lugar, el análisis de estos supuestos, en función del caso concreto, se realiza o bien desde la legitimación ordinaria del cónyuge en el proceso de declaración (con, en su caso, las normas del artículo 541 LEC para preservar, en el proceso de ejecución, el derecho de audiencia del otro cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad de los bienes gananciales), o bien a través de la doctrina jurisprudencial –no circunscrita a la legitimación de los cónyuges con régimen económico matrimonial de gananciales– sobre la legitimación de uno sólo de los cónyuges respecto de bienes o derechos que se hayan de considerar comunes.

⁵ La Ley 11/1981, de 13 de mayo, suprimió los bienes conocidos como *dote* y, en su lugar, se reguló el régimen de los bienes privativos y de los bienes gananciales. Tras esta reforma, sólo en los primeros años –y sólo ocasionalmente– se mantuvo que, en relación con los bienes gananciales, el marido ostentaba legitimación indirecta (así, p. ej., PRIETO-CASTRO, en *Tratado de Derecho procesal civil*, I, 2º, Pamplona, 1985, p. 313, nota 17, para quien había desplazamiento de la legitimación “por una mitad”).

2. Sustitución, masas hereditarias y comunidades de bienes

2.1. LA SOLUCIÓN TÉCNICO-PROCESAL DE LA PERSONALIDAD PROCESAL TRANSITORIA DE LAS MASAS HEREDITARIAS

§. Nuestro sistema romano de adquirir la herencia da lugar a un problema de transitoriedad e incertidumbre sobre la titularidad y la administración de los bienes del caudal relicto durante el tiempo en que la herencia se encuentre en situación de yacencia⁶. A esta situación de yacencia hereditaria, que es -sin duda- la más llamativa, aunque a ella se asimilan también -al menos de *lege lata*- la comunidad hereditaria *indivisa* (hasta la partición) y el caso de la herencia *aceptada a beneficio de inventario*, se le ha dado solución, desde la óptica procesal, mediante la atribución de capacidad para ser parte a la propia masa patrimonial hereditaria (artículo 6.1.4º LEC), que se personifica y ejerce sus derechos y cargas procesales «*por medio de quienes, conforme a la ley, las administren*» (artículo 7.5 LEC). Esta solución excusa de tratar *procesalmente* como hipótesis de sustitución procesal estos supuestos.

Así como en el Derecho civil se rechaza -con razones de peso- personificar a la propia herencia yacente⁷, en el terreno procesal la transitoriedad e incertidumbre en la titularidad de los bienes de la herencia yacente no consiente que los acreedores dejen de ejercitar sus legítimos derechos a causa de no tener a quién demandar, ni que el menoscabo que puedan sufrir los bienes y derechos del caudal relicto obedezca a no existir una persona que pueda defender su integridad. Por esta razón, el legislador procesal de 2000 tomó la decidida opción de personificar procesalmente a la propia masa hereditaria en el artículo 6.1.4º LEC, sirviéndose para ello, de un lado, de las disposiciones del CC que proveen a la *administración de la herencia* -que se prolonga en algunos casos más allá de la aceptación de la herencia, cuando ésta es indivisa o cuando ha sido aceptada a beneficio de inventario- y, de otro lado, del cuerpo de jurisprudencia formado bajo la LEC de 1881.

§. Dotada de capacidad para ser parte en virtud del artículo 6.1.4º LEC, el aptdo. 5 del artículo 7 LEC integra la capacidad procesal de la masa hereditaria mediante la persona o personas que «*conforme a la ley, las administren*»⁸. Estas personas pueden ser:

⁶ Vid. M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *La herencia yacente*, Barcelona, 1995 [v.e. en www.vlex.com]; y A. GUTIÉRREZ BARRENENGOA y O. MONJE BALMASEDA, “La Administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español”, en *Ética y jurisprudencia*, Venezuela, n° 3/2004, pp. 9 y ss. [disponible v.e. en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/3/uvvm_2004_3_9-55.pdf].

⁷ Así, J. L. LACRUZ BERDEJO, “Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente”, en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al profesor Legaz y Lacambra*, 1, Santiago de Compostela, 1960, p. 538 y L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/2, pp. 352-353. Aducen a su favor la superación de un anacronismo perteneciente al período justiniano que conduciría, en el plano jurídico-material, a que el heredero sería entonces sucesor de la misma masa hereditaria como sujeto autónomo, en lugar de *adquirente de los bienes y derechos del causante*.

⁸ Nótese que la capacidad procesal va aquí referida -al contrario que para el supuesto de concurso- a la *administración*, y no a la *representación* de la herencia, lo que permite obviar

- El *albacea* (artículos 901 y 902 CC), al que el testador puede aumentar sus funciones que, por defecto y entre otras, son «*vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él*» y «*tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes*».
- El *administrador de la herencia*, que puede haberlo previsto el propio testador (en cuyo caso, desplaza al albacea en las funciones de administración), aunque lo más frecuente es que se proceda a su nombramiento judicial en caso de aceptación a beneficio de inventario o en el proceso especial para la división de la herencia (artículos 1020 CC, artículos 91 y ss., de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y artículo 795 LEC).
- El *administrador concursal*, en los supuestos de concurso de la herencia (artículos 1.2 y 40.5 LC) y de fallecimiento del deudor durante el concurso (artículo 182 LC).
- El *heredero o cualquiera otra persona* en el supuesto de herencia indivisa y en el de la herencia a beneficio de inventario. En el caso de la herencia indivisa, la doctrina civilista había cuestionado que *per se* pudiera el heredero administrar legalmente la herencia, porque la ley únicamente le reconoce la realización de simples actos de conservación o administración provisional del caudal hereditario⁹; el TS, sin embargo, lo ha admitido, aunque habla entonces de “legitimación del heredero” y –lo mismo, por identidad de razón, que en el caso de los cotitulares del artículo 398 CC– exige de éste que obre *en interés y beneficio* de todos los miembros de la comunidad hereditaria, pese a que, al menos *de lege lata*, en la comunidad hereditaria indivisa no se trata de legitimación, sino de *representar procesalmente* a la comunidad hereditaria. En el caso de la herencia a beneficio de inventario no hay dudas interpretativas acerca de que nos encontramos ante un caso de representación y no de legitimación: el artículo 1026 CC prolonga la administración de la herencia «*hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios*» y seguidamente expresa que el heredero o el tercero administrador «*tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma*».

§. Pues bien, si en el pasado se consideró que el albacea o el administrador hereditario obraban como legimados *por sustitución*, en la actualidad no se postula la existencia de sustitución procesal ni *del causante* (al que no cabe sustituir porque su fallecimiento determina la extinción de su capacidad jurídica y de su capacidad para ser parte), ni de los *llamados a la herencia*, de los eventuales *legatarios* y de los *herederos de la comunidad indivisa*. Es forzado ver aquí un supuesto de sustitución procesal que no hace sino presentar como una legitimación de carácter extraordinario lo que, por las exigencias del tráfico jurídico, es más sencillo de abordar procesalmente tomando en consideración

la cuestión –discutida entre los civilistas– de si a alguno de los tipos de administrador –en particular, el albacea– le está dada o no la función representativa.

⁹ *Vid.*, por todos, A. GUTIÉRREZ BARRENENGOA y O. MONJE BALMASEDA, “La Administración y representación de la herencia yacente...”, *loc. cit.*, pp. 26-35.

de forma transitoria la subjetividad procesal de la masa patrimonial, de suerte que *parte* del proceso será la masa, mientras que su administrador será el *representante* que suple sus defectos de capacidad procesal. Esta construcción permite evitar obviar los problemas de determinación de legitimación activa y pasiva de llamados a la herencia, herederos, albaceas y legatarios individualmente considerados (sin perjuicio del interés legítimo que indudablemente ostentan para intervenir procesalmente, incluso aunque no hayan aceptado la herencia).

Así, se sujeta a esta construcción la [STS \(Sala 1ª\) núm. 88/2014 de 19 de febrero \(rec. 928/2010\)](#). El caso de esta sentencia arranca de una demanda dirigida contra la herencia yacente del letrado D. Abilio y cinco personas físicas más llamadas a sucederle, para que se declarara la responsabilidad civil profesional del finado y se condenara solidariamente a los sucesores al pago de la indemnización. Todas las personas físicas demandadas opusieron su falta de legitimación pasiva por no haber aceptado la herencia y, estimando esta alegación, el Juzgado absolvió a los demandados personas físicas y condenó únicamente a la herencia yacente. Recurrida la sentencia por la parte demandante, la AP, apreciando las pruebas y, en particular, el resultado de las diligencias preliminares que habían tenido lugar, valoró que había habido aceptación tácita de la herencia por uno de los codemandados absueltos y repudiación por el resto, por lo que, en atención a ser el único heredero, condenó a aquel al pago de la deuda del causante. Esta cuestión, que envolvía no la aplicación de las normas del artículo 10 LEC sobre legitimación, sino varias sustantivas del Derecho de sucesiones, se residenció ante el TS mediante recurso de casación.

En cambio, confunde representación y legitimación, aunque con resultados afortunadamente irrelevantes, la [STS \(Sala 1ª\) núm. 798/2011 de 7 de noviembre \(rec. 1532/2008\)](#), que se empeña en residenciar como una cuestión de legitimación la actuación de los herederos que actúan *por sí y en beneficio de los demás* cuando ejercitan acciones jurídico-reales sobre bienes pertenecientes *pro indiviso* a todos ellos. Esta “legitimación” –en realidad, *representación* de la comunidad hereditaria indivisa *de lege lata*– toma como modelo otro supuesto en el que puede discutirse mucho si el mejor modo de afrontar los problemas que plantean la cotitularidad de bienes proindiviso es a través de una legitimación individual de cada uno de los cotitulares con el problema añadido de la eficacia jurídico-material de la sentencia *secundum eventum litis* para los restantes, o entender que el cotitular legitimado es también representante tácito del resto. No es gratuito que la sentencia destaque que «algunas sentencias de esta Sala han reconocido en ocasiones la posibilidad de que personas llamadas por ley a la sucesión de otra, ya fallecida, defiendan los derechos de que esta última fuera titular. Pero ello siempre que la acción se ejercitara *en beneficio de la herencia, como el caso de la sentencia de 17 de junio de 1963 citada por el recurrente en su día en la demanda (...); o porque la demandante, esposa del fallecido, fuera albacea testamentaria o administradora de hecho de la herencia, como en el de la sentencia de 14 de mayo de 1971, igualmente citada en el mismo motivo; o en fin, porque la parte demandante fuera heredera única de los titulares del bien o heredera testamentaria universal y única, de modo que resultara superflua la partición, como en los casos de las sentencias de 16 de febrero de 1987 y 9 de mayo de 1997*». Tratar al administrador de la herencia desde el terreno de la legitimación no sólo confunde representación con legitimación, sino que genera un problema adicional que, precisamente, los artículos 6.1.4º, 7.5 y 222.3 LEC cortan de raíz a través del expediente de la capacidad procesal y la representación de la masa hereditaria, así como la extensión *ultra parte* de la

eficacia jurídico-material de la sentencia a «herederos y causahabientes»: el de una eventual y ventajista eficacia de la sentencia *secundum eventum litis*¹⁰.

Esta personificación procesal de la masa hereditaria no se opone a los serios inconvenientes dogmáticos de la doctrina civilista que justifica su resistencia a dotar de personalidad jurídica –que no la de ser parte del artículo 6 LEC– a la propia masa, por cuanto:

- La eficacia jurídico-material de la sentencia, por su propia naturaleza, comunicará a herederos y causahabientes los efectos patrimoniales que se sigan del proceso una vez que hayan aceptado y adjudicado la herencia; y
- El artículo 222.3 LEC extiende la eficacia *jurídico-procesal* de la cosa juzgada a los «herederos y causahabientes» de las *partes* (procesales, esto es, la propia masa concursal formada *mortis causa*) sin necesidad de entender que, en el plano sustantivo, se rompe la continuidad jurídica que implica la sucesión *mortis causa*.

En todo caso, ha venido a completar y cerrar el panorama siempre conflictivo de las masas hereditarias el Título IV (*De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio*), con sus artículos 91 y ss. LJV, que brinda el auxilio de diversos expedientes en estos supuestos¹¹ (así, p. ej., para regular ciertos aspectos del *status* de albacea, de la aceptación o repudiación de herencia a instancia de acreedores del llamado a la herencia como heredero, etc.).

2.2. LA INCERTIDUMBRE PROCESAL DE LAS COMUNIDADES DE BIENES *PRO INDIVISO*. DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA “INDIRECTA” DE UNO SOLO DE LOS COMUNEROS EN SUSTITUCIÓN DE LOS RESTANTES A LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA REPRESENTACIÓN TÁCITA, EN DEFECTO DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR

§. Cercanas, pero no iguales, al caso de las masas hereditarias es el de la comunidad de bienes pertenecientes *pro indiviso* a varias personas (artículos 392 y ss CC) que Ricardo JUAN SÁNCHEZ clasifica, junto a las masas hereditarias, entre los supuestos de «legitimación individual para la tutela de derechos subjetivos de una colectividad»¹².

Desde el punto de vista doctrinal, este fenómeno ha recibido distintas explicaciones. Para GÓMEZ ORBANEJA se trata de una legitimación por

¹⁰ «Es doctrina conocida que, producida la delación de la herencia, caso de pluralidad de llamados, puede cualquiera de los herederos ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al causante, sin necesidad de poder conferido por los demás sucesores, aunque a éstos, en su caso, no les perjudica la sentencia adversa -SS. 18 diciembre 1933, 26 junio 1948, 17 marzo 1969, 29 mayo 1978, etc.-». Es fragmento de la sentencia citada en el texto principal.

¹¹ Por todos, remitimos al lector para el estudio de la nueva LJV, a J. BANACLOCHE PALAO, *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, Madrid, 2015.

¹² Ricardo JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 310 y 314-315.

sustitución¹³, mientras que MONTERO AROCA –con el que coincidimos parcialmente– no existe la tal sustitución procesal porque el agente actúa por un derecho que, al menos parcialmente, le pertenece, aunque el supuesto sigue residenciado en el campo más amplio de la legitimación extraordinaria¹⁴. Más detenidamente, CABAÑAS GARCÍA aboga por la existencia de una legitimación indirecta del comunero carente de soporte legal, en cuanto creada jurisprudencialmente, en contravención de lo dispuesto en los artículos 1 y 10.II LEC¹⁵.

Repárese que el problema sólo se suscita en relación con la parte *activa* del proceso, no con la pasiva, porque –en razón de la acción ejercitada o pretensión deducida– se impone dirigir la demanda contra todos en virtud del criterio normal de legitimación pasiva basada en lo dispuesto en el aptdo. 2 del artículo 5 LEC, que la atribuye a los sujetos frente a los que, según las afirmaciones de la demanda, «haya de efectar la decisión pretendida».

Aunque no es el caso de analizar por extenso un supuesto que merecería un estudio completo¹⁶, baste decir que mientras que en el caso de las masas hereditarias formadas *ex lege* por razón del fallecimiento del causante la solución o expediente técnico que la LEC ha empleado no se ha incardinado en la legitimación, sino en la transitoria capacidad para ser parte de la propia masa y su personificación a través de las formas de administración previstas en el Código Civil, en el caso de las «comunidades de bienes» de los artículos 392 y ss. CC subsisten todas las incertidumbres sobre su calificación en el proceso. En mi opinión, si la legitimación en el proceso busca impedir que un sujeto actúe o intervenga en un proceso cuando no tiene ninguna relación jurídica con su objeto, es obvio que la llamada «legitimación del comunero» no es en realidad un problema de legitimación, puesto que el comunero presenta un vínculo de conexión con el objeto del proceso, y que la solución en estos supuestos debería ser otra.

§. El artículo 398 CC prevé un expediente de nombramiento de administrador, bien por la mayoría de los comuneros o, en su defecto y a instancia de parte, por un juez, que permitiría articular una posible solución técnica al problema de a quién y cómo atribuir la iniciativa del proceso relativo al bien perteneciente

¹³ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (con V. Herce Quemada), vol. I, 8ª ed., Madrid, 1976, p. 145.

¹⁴ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, p. 230, espec. nota 343. En opinión de MONTERO nos encontramos ante un *tertius genus* de legitimación *ordinaria*, porque el comunero afirma necesariamente un derecho propio, y de *extraordinaria*, porque afirma también un derecho que no es exclusivo del mismo. En mi opinión, la posición del comunero actuante es más fácilmente reconducible a la representación tácita de los demás, por haber emprendido el proceso que no es sino una forma de administrar y de disponer del derecho que constituye su objeto mediato.

¹⁵ J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...cit.*, pp. 177-180.

¹⁶ Sobre este supuesto *vid.* el estudio de F. CORDÓN MORENO, “La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372.III del Fuero Nuevo de Navarra (Comentario a la STSJ de Navarra de 26 de junio de 2007)”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007, pp. 117-130 [disponible v.e. [Revista jurídica de Navarra núm. 44](#)].

*pro indiviso*¹⁷. La jurisprudencia no lo suele tomar en consideración y la LEC, seguramente para evitar los problemas interpretativos que plantea la determinación de la *utiliter legitimationem* del comunero actuante que ha consagrado la jurisprudencia, se ha separado claramente en este punto de la norma especial de legitimación que preveía el proyecto profesoral de 1972, en cuyo apdo. III del artículo 6 se disponía que «*asimismo, cualquier comunero será parte legítima para ejercitar los derechos que correspondan a la comunidad y en beneficio de la misma*»¹⁸. Además, hay que tomar en consideración que el artículo 397 LEC prohíbe a los condueños «*sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*» que es, en cierta medida, lo que sucede cada vez que se inicia un proceso que tiene por objeto la cosa común y que entenderse determinante de una alteración si no fáctica, sí jurídica de aquélla.

Sea como fuere, el caso es que no existen en la LEC normas expresas de capacidad para ser parte y procesal en este supuesto y, por eso, la solución imperante es jurisprudencial, que reproduce los problemas interpretativos apuntados. Por eso no podemos sino coincidir con razón CORDÓN MORENO¹⁹, quien se ha lamentado de la falta de alguna norma especial para estos supuestos, concorde con la jurisprudencia ya existente en esta materia, que apunta –según mi lectura personal– a la existencia de una representación tácita, aunque el autor ha expresado ciertas dudas sobre esta solución en sus últimos escritos²⁰.

§. Para el TS, desde antiguo, estamos ante un problema que se resuelve en términos de legitimación (aunque omite decir de qué clase, si ordinaria o no), de tal manera que cualquiera de los comuneros, siempre que no actúe con la expresa oposición de los demás, goza de legitimación para promover y seguir el proceso en beneficio de los restantes que, en todo caso, no se verán perjudicados por una sentencia adversa. La razón de esta legitimación del comunero proviene de la razonable y tradicional inexistencia en nuestro

¹⁷ Salvo error u omisión por mi parte, la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria no contiene ningún expediente dedicado a dirimir el nombramiento de un administrador cuando surjan divergencias entre los comuneros a la hora de designar un administrador. Por consiguiente, sigue valiendo lo que se dice en el texto principal, donde se aboga –bien que *contra legem*, pero conforme a la jurisprudencia– por solucionarlo a través de una representación *tácita*; el problema es que, abortado el proceso iniciado por uno de los comuneros en contra del criterio exteriorizado por los restantes en el proceso principal, la falta de un expediente de jurisdicción voluntaria aboca a las partes a un proceso merodeclarativo lento y costoso para resolver o dirimir una cuestión que es meramente instrumental del proceso diríase principal sobre el bien o el derecho comunes. Esta laguna, entiendo, no puede integrarse acudiendo a los cauces del procedimiento de los incidentes de los artículos 387 y ss. LEC, sin adulterar el carácter plenamente contencioso de los mismos ni garantizar una adecuada imparcialidad objetiva del tribunal del proceso principal.

¹⁸ PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, Madrid, 1972, t. I, p. 180.

¹⁹ F. CORDÓN MORENO, “Artículo 10”, en *Comentarios...*, I, *cit.*, p. 125.

²⁰ Así, en F. CORDÓN MORENO, “La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad...”, *loc. cit.*, p. 118, nota 5.

ordenamiento del óbice procesal que supondría admitir un *litisconsorcio activo de tipo necesario* en el proceso²¹, al que se opone sistemáticamente el Tribunal Supremo, por la indudable incidencia negativa en el derecho de cada uno de los comuneros a la tutela judicial efectiva de los propios derechos e intereses legítimos del artículo 24.1 CE:

«como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración de fondo, pero basado en razones jurídico-materiales» [[STS \(Sala 1ª\) núm. 460/2012, de 13 de julio \(rec. 245/2009\)](#)]. El problema radica en lo que esta STS –y la práctica totalidad de la jurisprudencia– añade a continuación: «lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria».

§. Aunque hay que estar de acuerdo con la inexistencia en nuestro ordenamiento de un *litisconsorcio necesario activo*, no resulta satisfactoria la desestimación de la demanda por los motivos que aduce la jurisprudencia, basada en razones de fondo situadas en una falta de legitimación material, porque confiere un margen de discrecionalidad poco razonable a los restantes comuneros para manifestar su oposición –o no– en función del discurrir procesal –*secundum eventum litis*– y generadora, finalmente si se manifiesta oposición, de dispendios procesales poco razonables para el funcionamiento de nuestra Administración de justicia.

En este punto, hay que entender que alguna relevancia debe tener que, salvo en las comunidades formadas *mortis causa* o por otras razones imperativas, nos hallamos ante una colectividad integrada por sujetos *determinados* y muy definida por la nota de la *cotitularidad* de los bienes o derechos que lleva a *presumir* la existencia de una *comunidad de intereses* entre los sujetos que la integran, para dotar al cotitular que actúe, además de la legitimación que le es propia, de la condición de *representante tácito* de los restantes; y que, si se

²¹ Sin embargo, tal inexistencia no ha sido siempre así. Hasta hace bien poco ha existido al menos una excepción en la que el legislador dio el paso de consagrar un supuesto de *litisconsorcio activo necesario*: el aptdo. 8 del artículo 25 de la LPI de 1987, regulador de la compensación por copia privada, que fue suprimido por obra del RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre. Decía así el artículo 25.8 LPI: «cuando concurran varias entidades de gestión en la administración actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la n de una misma modalidad de remuneración, éstas podrá percepción del derecho en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados». Este supuesto volvió a recuperarse en el anteproyecto de ley que ha culminado con la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la LPI y la LEC; pero la Ley 21/2014 finalmente aprobada no lo contiene, porque lha optado por atajar los problemas prácticos derivados de una posible concurrencia de entidades legitimadas para la gestión de los derechos mediante la creación de una «ventanilla única» (artículos 157.1.e. y DA 1ª de la Ley Ley 21/2014, de 4 de noviembre). Más más adelante trataremos la legitimación en esta especial materia (*vid. infra* Cap. VII, epígrafe 4. La legitimación de las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual, pp. 500 y ss.).

expresa oposición, es conveniente desarrollar la previsión del párrafo tercero del artículo 398 CC y establecer un cauce –que hoy no existe– para que, en equidad, un juez provea, a instancia de parte, a nombrar de entre los comuneros a un administrador en el que personificar, a través de normas sobre capacidad procesal, a la propia comunidad de bienes.

La presunción de una comunidad tácita de intereses permite articular sobre su base una representación también *tácita* que, desde el punto de vista jurídico-procesal, permitiría dejar a salvo –siempre dentro de ciertos límites temporales que evite la arbitrariedad y la falta de seguridad jurídica para la contraparte– la voluntad de cada uno de los cotitulares de valorar por sí mismo el beneficio e interés para representa el proceso iniciado por otro de ellos, a fin de ejercitar –insisto, dentro de unos límites temporales razonables, que no debería ir más allá del acto de la audiencia previa del juicio ordinario– una posible facultad de *opting out*, que podría erigirse o bien en óbice de procedibilidad mediante una interpretación extensiva del artículo 425 LEC para archivar el proceso, o bien en una carencia sobrevenida de interés, dirimible en el incidente del artículo 22 LEC. Cualquiera de estas opciones es preferible a la extendida opinión jurisprudencial de que el comunero actúa en estos casos *por sí y en sustitución de los restantes en todo lo que les beneficie*, que es una verdadera fuente de problemas interpretativos y de inseguridad jurídica, fundamentalmente para la contraparte.

§. A una posible representación tácita, que podría fundar la facultad de *opting out* de los restantes comuneros apunta, en parte, la solución dada en el caso de la [STS \(Sala 1ª\) núm. 460/2012, de 13 de julio \(ROJ 5273/2012\)](#), en el que, durante la segunda instancia –esto es, muy tardíamente, procesalmente hablando–, se suscitó una “falta de legitimación” de un comunero que actuó contra la expresa oposición de los otros dos con los que compartía la titularidad de un local. Ni la sentencia de apelación ni el TS dieron a esta oposición el tratamiento de óbice de procedibilidad ni de falta sobrevenida de interés, sino que, revalorada jurídicamente esta oposición en el recurso extraordinario que interpuso la arrendataria demandada por infracción procesal del artículo 10 y del artículo 398 CC, la Sala 1ª del TS dictó sentencia en la que, con estimación del recurso, se desestimó la demanda en cuanto al fondo (con todos los efectos propios de la cosa juzgada material).

El caso de esta sentencia es el de una copropietaria y arrendadora que interpone frente a la arrendataria una demanda de desahucio de local de negocio por extinción del contrato, del que aquélla es propietaria en proindiviso junto con otras dos personas que, durante la tramitación del recurso de apelación interpuesto por la arrendataria frente a la sentencia estimatoria del Juzgado, comparecieron ante la Audiencia –se entiende que acreditando su condición de copropietarios– y manifestaron su disconformidad con la pretensión deducida por la actora en la demanda. Ante esta alegación la arrendataria apelante propuso la estimación de oficio de una falta de legitimación activa de la demandante, que es desestimada en sentencia por la AP Madrid, que confirma la sentencia de instancia. Frente a esta resolución se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El primero se suscita por infracción del artículo 10 LEC en relación con el artículo 398 CC y la jurisprudencia sobre la legitimación activa del comunero, que es estimado por el TS, con el resultado de

desestimar la demanda en sede de recurso extraordinario por infracción procesal:

«SEGUNDO.- El primer motivo formulado por infracción procesal por la demandada doña Debora denuncia la falta de legitimación de la demandante al ostentar únicamente una parte en la comunidad de bienes a la que pertenece el inmueble arrendado, denunciando que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 398 del Código Civil, así como la jurisprudencia de esta Sala sobre la legitimación de los comuneros.

El motivo ha de ser estimado. Es cierto que esta Sala ha declarado que cualquiera de los condóminos puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad (sentencias de 15 enero 1988, 21 junio y 18 diciembre 1989, 28 octubre y 13 diciembre 1991, 8 abril y 6 noviembre 1992 y 22 mayo 1993, 14 marzo 1994, 6 junio 1997 y 7 diciembre 1999), precisando, no obstante, que la sentencia que resulte desfavorable para ésta no afecta negativamente al resto de los comuneros no litigantes, lo que limita decisivamente los efectos de la cosa juzgada. Pero el reconocimiento de tal legitimación excepcional se fundamenta en una presunción de aceptación y conformidad del resto de los comuneros que lógicamente se asienta en la previsión de una sentencia favorable a los intereses comunes, que sin embargo no puede extenderse a los supuestos en que el éxito de la acción ejercida -extinción de contrato de arrendamiento- no ha de suponer necesariamente un beneficio para la comunidad, máxime cuando, como ocurre en el caso presente, los copropietarios se han opuesto expresamente en el proceso a dicha extinción.

En consecuencia, para demandar válidamente sería necesario un previo acuerdo entre los comuneros que habilitara a alguno de ellos para actuar en juicio o, en su caso, que tal actuación reuniera a la mayor parte de los intereses de la comunidad. En caso contrario, como nadie puede ser obligado a demandar, no cabe plantear la existencia de una situación de litisconsorcio activo necesario, pero sí la de la falta de legitimación a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no resultar quien actúa titular "de la relación jurídica u objeto litigioso".

La sentencia núm. 989/2007, de 3 octubre, afirma que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. A lo que añade que *"a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración de fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria"*.

Esta es la situación que se aprecia en el presente proceso en el cual ha figurado como parte demandante quien por sí no estaba facultada para disponer de su objeto.

La sentencia núm. 713/2007, de 27 junio, señala que la legitimación "ad causam" *"consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTs"*

31-3-97 y 28-12-01 "; de modo que, por su propia naturaleza y efectos, su falta puede ser apreciada de oficio (SSTS, 30 abril 2012, 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003, 10 octubre 2002 y 4 julio 2001) en cualquier momento del proceso. Así procede en el caso presente ya que la demandante carecía por sí de legitimación suficiente para instar la extinción de la relación arrendaticia que le unía a la parte demandada.

Tercero.—Estimado el recurso por infracción procesal, la consecuencia ha de ser la anulación de la sentencia recurrida dictándose otra desestimatoria de la demanda, sin especial sin especial declaración sobre costas causadas por ambos recursos formulados por infracción procesal y de casación (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Procede imponer a la demandante las costas causadas en la primera instancia (artículo 394.1) sin especial declaración sobre las del recurso de apelación, que debió ser estimado (artículo 398.2)».

§. Mención aparte merece la existencia de disposiciones especiales relativas a cierta clase de condominio de bienes, como sucede, p. ej., con el artículo 126 LSC, sobre *Copropiedad de participaciones sociales o de acciones* (antes contempladas en los artículos 66 LSA y 35 LRSL), donde el legislador debe primar no el interés común de los comuneros en cuestión atendiendo a mayorías personales o de cuotas, sino la seguridad jurídica y la claridad en sus relaciones externas con la sociedad misma que debe acompañar el ejercicio de las facultades del *status* de socio cuando las acciones o participaciones sociales pertenecen *pro indiviso* a varias personas. Ésta es la *ratio legis* del artículo 126 LSC, a cuyo tenor:

«Artículo 126 LSC: En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones».

Y así lo vienen entendiendo los tribunales, de los que se muestran como ejemplo las palabras de la [SAP Pontevedra \(Secc. 1ª\) núm. 247/2010 de 5 de mayo de 2010 \(rec. 239/2010\)](#), por la que se confirmó la sentencia que declaró nulos los acuerdos societarios por defectos de constitución de la junta consistente en haber permitido el presidente de la junta de accionistas –designado judicialmente– la participación como representante de la comunidad hereditaria habida entre los accionistas a quien ostentaba –es un decir– la mayoría de copropiedad en el paquete de acciones adquirido *mortis causa* y en *pro indiviso*. En el recurso la sociedad demandada suscitó la legalidad de la representación de la comunidad de copropietarios de las acciones por quien representaba la mayoría de las participaciones; la decisión de apelación resuelve tomando en consideración lo siguiente:

«Segundo.- (...) Es claro que si bien los herederos no ostentan derechos sobre bienes concretos hasta que la partición se realiza (artículo 1068 del CC), no por ello los herederos carecen de todo derecho y/o acción para hacer efectivos los bienes en tanto la partición no se realiza, ya que hasta tal momento, a juicio de la Sala se encuentran en una situación de condominio sobre los bienes hereditarios, ya que como indica la STS de 4-05-2005: En el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, y en ese estado de indivisión ningún

heredero puede reclamar sino para la comunidad hereditaria; (en similar sentido STS 17-02-2000 y 12-03-1996 entre otras) y sabido es que cualquier comunero puede ejercitar las acciones que a la comunidad beneficien (STS 2-02-2000 y 6-10-1997, entre otras).

Como se desprende de esta jurisprudencia, y veremos que es apoyado por la mejor doctrina, la comunidad hereditaria es una forma de cotitularidad en que los coherederos poseen todo el patrimonio colectivamente, por más que no se puedan atribuir partes o bienes concretos del mismo, pero sí es una forma de copropiedad, de ahí la posibilidad de enajenar cualquier bien de la misma siempre que se lleve a cabo por unanimidad. El poder de disposición es un evidente reflejo del derecho de propiedad. Y existe reiterada jurisprudencia y doctrina que considera aplicable el art. 66.2 LSA en los supuestos de comunidad hereditaria

TERCERO.- Las normas contenidas tanto en el art. 66.2 LSA como en el art. 35 LSRL no tienen por objeto las relaciones de los comuneros entre sí, sino exclusivamente, las de los comuneros con la sociedad.

Lo que se persigue con la norma, en beneficio exclusivo de la sociedad, es la sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos del socio.

En este ámbito, es cierto que tales preceptos presuponen la existencia de una pluralidad de personas cotitulares, al mismo nivel, pero puede tratarse tanto de una comunidad romana o por cuotas, o de una comunidad germánica o en mano común; de una comunidad de origen convencional o ex lege, como la sociedad de gananciales o la comunidad hereditaria (SSTS 19-4-1940, 15-5-1973 y 11-6-1982); de una comunidad originaria o derivada.

La circunstancia de que, por virtud de la ley (art. 154.4 CC), de una decisión judicial (como la del art. 240 CC), o de un negocio jurídico de eficacia general (ej. un testamento), los cotitulares tengan ya un representante legal común, no es óbice para la aplicación del art. 66.2 LSA cuando proceda, y especialmente en los supuestos en que este posible representante o administrador no haya sido aún nombrado, si bien en aquellos supuestos está cumplido lo que exige la proposición primera de dichas normas. Por lo tanto, el hecho de que en un proceso de división de patrimonios pueda interesarse el nombramiento de un administrador judicial, no impide que en tanto este se nombre y se fijen sus facultades, mantenga pleno vigor la aplicación de las normas expuestas.

Como señala la mejor doctrina, los cotitulares de una acción o de una participación, no tienen un deber jurídico que sea exigible por la sociedad de nombrar un representante, pero cabe afirmar que se trata de una carga de los comuneros pues la sociedad puede negarse a admitir cualquier otra forma de hacer valer los derechos de socio de forma distinta a su ejercicio por un único representante. Lo que significa, en lo que ahora interesa, que ejercitada adecuadamente por dicho único representante, no puede negarle dicha participación para ejercitar los derechos de los comuneros, entre ellos, el de asistencia y voto a una junta general.

Incluso la STS de 11-6-1982 establece que las reglas contenidas en el art. 398 CC serán aplicables a las hipótesis de acción integrada en comunidad hereditaria administrada por los propios coherederos (...)

CUARTO.- Dicho lo anterior debe tenerse en cuenta lo establecido por el TS en sentencia de 5 noviembre de 2004, en línea con lo ya expuesto, en cuanto considera que la comunidad que en el supuesto examinaba era una comunidad hereditaria formada por los coherederos del primitivo accionista, en que no se ha practicado la partición. Cuya Comunidad implica que cada sucesor, cada

miembro de la comunidad hereditaria, cada coheredero, como el demandante, no es titular de acciones sino titular, junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así el accionista no es el coheredero, sino la comunidad cuya Comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstos forman parte de la misma. Respecto de esta Comunidad el art. 66.2 de la LSA exige que una persona miembro de la misma ejerza los derechos de socio, persona designada, dice el texto legal.

Siendo ello así, en el supuesto que nos ocupa estamos ante este supuesto de forma que no puede atribuirse a ninguno de los coherederos una concreta participación en cada uno de los bienes de las herencias de sus causantes, ni concretamente, sobre las acciones de la sociedad apelante. En realidad no solo se desconoce cómo y a quién serán adjudicadas dichas acciones, sino incluso si estarán o no entre el caudal relicto de la madre o del padre, pues ni siquiera se ha procedido a la liquidación de su sociedad de gananciales, por lo que la cláusula testamentaria que atribuye sólo a cuatro de sus hijos cuanto represente la testadora en la sociedad apelante, puede resultar incluso vacía de contenido.

Además, en tanto no se proceda a la partición de las herencias, no puede concretarse cuantas acciones, de las discutidas, se atribuyen en propiedad a cada coheredero. Debe recordarse que es doctrina unánime que los herederos puede sustituir la partición del difunto por otra distinta que entre ellos acuerden. Por otro lado, la partición es la que origina o crea una nueva situación de derecho, distinta de las anteriores, que sustituye el régimen jurídico de la indivisión por el de varias propiedades distintas y determinadas. La partición disuelve un estado de comunidad, por lo que en tanto se mantenga esa situación de comunidad, de indivisión, a cada uno de los herederos le corresponde una parte en abstracto de la herencia, sin concretar sobre ninguno de los bienes de la herencia. Siendo esto así, no es correcto pretender atribuir a determinados herederos una mayor participación sobre determinados bienes, en este caso acciones de una sociedad, respecto de otros coherederos, de lo que se deriva el erróneo cálculo porcentual sobre el que la apelante funda su recurso, y la designación de representación a los efectos del art. 66.2 LSA. No existe la mayoría en la comunidad hereditaria para designar dicho representante, al estar en desacuerdo cuatro herederos frente a otros cuatro, sin que pueda atribuirse a ninguno de ellos un porcentaje de participación en las herencias de sus padres superior a la de otros hermanos, por lo que debe presumirse a partes iguales, lo que impide obtener la mayoría que pretende la parte apelante para designar al representante ante la sociedad, tal y como se desprende del art. 398 CC que exige la adopción de acuerdos por mayoría, y en caso de no resultar dicha mayoría, o si el acuerdo puede ser gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, acudir al Juez para que resuelva lo que corresponda, incluso nombrar un administrador (art. 398 CC apartado tercero)».

3. Sustitución, masa concursal y legitimaciones subsidiarias

§. La declaración de concurso de una persona produce un amplio abanico de efectos jurídicos de carácter material y de carácter procesal de entre los que ahora nos vamos a fijar sólo en los que tienen que ver con la pretendida sustitución procesal. Empezaremos con los que producen menor incidencia en la esfera jurídica del concursado, que es aquella vinculada a la declaración voluntaria de concurso con la consecuente *intervención* de las facultades de administración y disposición patrimoniales del deudor.

3.1. EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

§. En la actualidad, cuando el deudor declarado en concurso queda sometido a la *intervención* de la administración concursal y cuando, suspendido de la administración y disposición de sus bienes, procede a ejercitar acciones –extraconcursales– de índole exclusivamente personal, puede ser parte el propio concursado y ejercitar por sí mismo los actos del proceso *con autorización de la administración concursal*.

La situación del concursado en este supuesto es la de tener capacidad para ser parte, si bien con capacidad procesal *limitada*. Lo enuncia genéricamente el artículo 7.8 LEC, introducido por la LC («*las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal*») y lo desarrollan el aptdo. 3 del artículo 51 (para el supuesto procesos declarativos pendientes al tiempo de la declaración de concurso) y los aptdos. 2 y 3 del artículo 54 LC (para el supuesto de nuevos procesos relativos a los bienes o derechos del concursado):

Según el aptdo. 3 del artículo 51 LEC, «En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior» (es decir, que su coste no recaiga sobre la masa del concurso).

Por su parte, el artículo 54 LC dispone, en lo que ahora importa, que:

«2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

3. El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa».

§. Los supuestos de intervención de la administración concursal no tienen hoy, pues, que ver con la figura de la sustitución procesal, aunque lo tuvo en el pasado. La falta de estas autorizaciones de la administración concursal que *de lege lata* afectan hoy a la capacidad procesal del concursado, recibe un mejor tratamiento si, en lugar de tratarlo como requisito atinente a la legitimación (que puede ser la concepción más adecuada en la teoría general del Derecho), se la considera en el proceso un *óbice de procedibilidad* asociado a razones de interés público–económico que condiciona el derecho al proceso²² y susceptible sin dificultad de un tratamiento procesal preliminar de oficio en cualquier momento (artículo 9 LEC), incluido el inicial de admisión de la demanda, además de a instancia de parte (artículos 405.3 y 418 LEC).

²² Así, ya con la anterior LEC de 1881, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, I (con M. Á. FERNÁNDEZ LÓPEZ), 3ª ed. 2ª reimpr., Madrid, 1994, p. 437.

El régimen de autorización de la administración concursal en los casos de *intervención* varía según que el proceso se encuentre iniciado con anterioridad a la declaración de concurso (artículo 51.3 LC) o se inicie después de declarado el concurso (artículo 54.2 LC): en el primer supuesto, el artículo 51.3 LC exige la autorización de la administración concursal “*para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*”, mientras que en el segundo la autorización de la administración concursal va referida, además, a “*interponer demandas o recursos*”. En la [STS \(Sala 1ª\) núm. 321/2012 de 28 de mayo de 2012 \(rec. 1044/2009\)](#) el Tribunal Supremo ha defendido esta divergencia y ha sostenido el carácter innecesario de la autorización de la administración concursal para interponer recursos en aquellos procesos iniciados antes de la declaración de concurso del recurrente.

Por lo demás, en caso de *suspensión* de las facultades de administración y disposición del concursado, las acciones extraconcursoales («*de índole personal*», dice la ley) del concursado puede ejercitarlas él, si bien «*precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*» (artículo 54.1 LC).

El caso de que el concursado no ejercite por sí las acciones que le competan contra el criterio de la administración concursal es susceptible de constituir una hipótesis de sustitución procesal y será tratado después.

§. Nótese que el concursado queda sometido a ciertas restricciones, pero no a una ausencia total de sus capacidades en el proceso (aunque esta idea se manejó en los largos trabajos prelegislativos de la LC), ni siquiera cuando queda suspendido en sus facultades de administración y disposición. El aptpdo. 3 del artículo 54 LC se aplica por igual a todos los procesos en los que se debatan bienes y derechos del concursado, con la finalidad de preservar y hacer posible el derecho jurídico–natural de audiencia del concursado en los procesos iniciados por la administración concursal. En todos estos procesos se reconoce que:

«el deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa» (artículo 54.3 LC).

3.2. LA SUSTITUCIÓN DE LA MASA CONCURSAL Y LA «LEGITIMACIÓN» DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

§. En el supuesto de *suspensión* de facultades de administración y disposición del concursado, suele decirse que la administración concursal no es representante del concursado: el no actuar en nombre del concursado, ni hacerlo por su cuenta o interés se esgrimen²³ como argumentos contrarios a la existencia de representación del concursado, que, por otra parte, no puede

²³ Vid., por todos, OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil* (con FERNÁNDEZ), vol. I, 3ª ed., 1992, p. 443, para quien la administración concursal no representa al concursado, pero tampoco obra en interés propio, sino «*más bien, en interés de la masa de bienes y en su institucional cualidad o condición de administradores*», es decir, tampoco exactamente en nombre propio»; y J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, p. 327.

excluir la representación de la administración concursal por un acto de su voluntad, como sucede en los casos de representación voluntaria. El marco legal del *status* para el concursado que origina en el proceso la suspensión de facultades de administración y de disposición patrimoniales del concursado son los 51.2 y 54.1 LC.

El aptdo. 2 del artículo 51 LC dispone, sobre *Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes*, que:

«En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.

No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez».

Por su parte, para el *Ejercicio de acciones del concursado* —según expresa su rúbrica— en nuevos procesos declarativos iniciados una vez declarado en concurso el deudor común, el aptdo. 1 del artículo 54 LC establece que:

«En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio».

Y, de nuevo, se aplica también en estos casos la razonable previsión del aptdo. 3 de ese mismo artículo 54 LC, ya mencionado:

«El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa».

Sobre esta base legal se han manejado distintas teorías sobre la naturaleza de la administración concursal en este supuesto, que se exponen a continuación y que no son —en mi opinión— contradictorias entre sí, sino que complementan la explicación sobre la variedad de efectos que despliega la declaración jurisdiccional de concurso de una persona, no sólo sobre ella misma sino también —e invariablemente— sobre sus propios acreedores, que quedan —con

algunas salvedades— integrados *ex lege* integrados en la masa pasiva del concurso (artículo 49 LC).

3.2.1. La administración concursal como órgano necesario y representativo del concurso

§. Hoy no se duda de que, procesalmente, a quien representa la administración concursal en los supuestos concursales es a *la masa del concurso* a la que personifica (artículos 6.1.4º y 7.5 LEC) y en cuyo nombre y a cuyo favor obra la administración concursal. Así se advierte con toda claridad cuando se deducen pretensiones de condena: la condena se dirige a que los bienes y derechos en cuestión se integren en la masa del concurso, sin que la administración concursal pida *uti singuli* para el concursado. La administración concursal es, por tanto, representante orgánico —y, además, profesionalizado y neutral— de la masa, en la que, por otro lado, quedan *integrados* todos los acreedores del concursado (artículo 49 LC) y cuyos intereses comunes —muy distintos de los individuales que ostentan— son los que ha de cuidar la administración concursal.

Si esto —como creemos— es así, es correcto estimar que: 1º) la «legitimación» de la administración concursal a la que aluden los artículos 54.1 (sobre ejercicio de nuevos procesos), 72 (sobre acciones rescisorias y de impugnación), 133.3 (sobre continuación tras el convenio); 2º) las referencias que se hallan implícitas en los varios apartados del artículo 33.1.a (sobre funciones de carácter procesal de la masa concursal) y en los artículos 40.7 (sobre impugnación de actos jurídicos del deudor), 51.2 LC (sobre continuación de procesos del deudor); y 3º) las referencias a la «sustitución del concursado» por la administración concursal a que se refieren —en el terreno material— los artículos 33.1.b.9º y 40.2 LC y —en el terreno procesal, pero con escaso rigor— los artículos 33.1.a.9º y 51.2 LC; todo esto, decimos, constituye una *metominia* consistente en tomar la *representación orgánica* de la administración concursal por una legitimación *por sustitución*. Sustitución que —a mi modesto entender— hay, pero se ubica en la teoría general del Derecho y no se ha de predicar sólo del concursado, sino también de los acreedores, ni cabe apellidarla únicamente como “procesal”.

§. Desde la teoría general del Derecho no se ven inconvenientes en considerar a la administración concursal como un sujeto dotado de legitimación extraordinaria. Así de hecho lo hace la doctrina italiana y, si se advierte, el párrafo II del artículo 10 LEC podría muy bien referirse a ella. Ahora bien, debemos discrepar de la opinión que ve en ella a un *sustituto sólo procesal* del concursado.

Si bien se mira, la sustitución que invariablemente tiene lugar con la declaración de concurso de una persona no es *meramente procesal*, sino que tiene un fundamento jurídico-material, que radica —de forma inmediata— en las limitaciones y suspensiones de las facultades dispositivas del concursado y —de forma mediata— en el fundamento último de estas limitaciones y suspensiones en la superior protección de los *intereses de la masa concursal*, que radica en hacer posible —hasta donde razonablemente lo es en los supuestos de insolvencia colectiva— la *responsabilidad patrimonial universal del deudor*

(artículo 1911 CC). Por estas razones, se ha de estimar –si se contempla este supuesto en términos de sustitución– que el *sujeto sustituido* no es sólo el deudor concursado, sino también, aunque más desapercibidamente, todos y cada uno de sus acreedores, que estos –sí– saben de antemano que sus derechos patrimoniales serán con toda seguridad alterados o variados a resultas del concurso y merced al relevante papel que la administración concursal tiene para, p.ej., solicitar la resolución de contratos recíprocos (artículo 61.2 LC), rehabilitar contratos de préstamo y de crédito (artículo 68 LC) y de adquisición de bienes con precio aplazado (artículo 69 LC), enervar o rehabilitar contratos de arrendamientos hasta el momento del lanzamiento (artículo 70 LC) o, más ampliamente, elaborar su informe con –entre otros contenidos– el inventario de la masa activa y la lista de acreedores (artículos 74 y ss. LC). O dicho de otra forma: no se trata sólo de que la administración concursal actúe provista de una legitimación *por sustitución*, dirigida a producir efectos en la esfera jurídica del concursado; se trata de que los intereses de la masa *sustituyen* material y procesalmente los intereses *del concursado*, pero también, en todo caso e invariablemente *los de los acreedores uti singuli*, ya en los nuevos procesos que sean preciso iniciar tras la declaración del concurso, ya mediante las funciones que les están dadas a la administración concursal como órgano necesario del concurso, destinado a producir efectos también en la esfera jurídica de los propios acreedores dentro del concurso.

Esta “sustitución” no tiene, en cambio, nada que ver con aquella otra externa a la que alude el artículo 51.2 LC («la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste [el concursado] en los procedimientos judiciales en trámite»), pues, como bien dice MONTERO AROCA, aquí se está «empleando la palabra “sustitución” sin rigor técnico alguno»²⁴: aunque sustitución –como decimos– hay en el concurso, la mención que emplea el artículo 51.2 LC es más bien una suerte de sucesión procesal *ex lege* que tiende a hacer efectivos las limitaciones legales a que queda sometido el deudor y que no se encuentra disciplinada en la LEC, sino regulada muy someramente en el 51.2 LC; no es, por lo tanto, sino un expediente técnico que sigue a la declaración de concurso del deudor y a la suspensión que *ex lege* opera en el ámbito de las facultades de disposición y administración patrimoniales.

²⁴ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 327, nota 458 y, en el mismo sentido, J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 213.

Todavía conviene precisar que MONTERO AROCA el supuesto que estamos considerando de suspensión de las facultades de administración y de disposición del concursado y ejercicio de ellas por la administración concursal es un fenómeno de *legitimación extraordinaria*, pero no por sustitución procesal. La diferencia la ubica en la que mientras que en la sustitución procesal –que MONTERO AROCA ejemplifica con la acción subrogatoria del artículo 1111 CC– se *amplía* el círculo de legitimados, en el caso que se está considerando se priva de legitimación –en sentido civil– al concursado; pero queda incardinada en la legitimación extraordinaria del artículo 10.II LEC, porque la legitimación no está dada por la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material, sino atribuida de forma legal por normas tasadas que tienen naturaleza procesal (v. MONTERO AROCA, loc. cit., pp. 319 y 323). Frente a esta concepción que ve en la administración concursal un supuesto de legitimación extraordinaria, CABAÑAS GARCÍA (*La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 213) ha objetado que la administración ejerce facultades inherentes a la representación de la masa que el legislador ha optado por resolver mediante disposiciones que tienen más que ver con la capacidad de la masa para ser parte del proceso que con la legitimación.

§. En los nuevos procesos iniciados tras la declaración del concurso necesario o llegada la fase de liquidación, el aptdo. 1 del artículo 54 LC atribuye «a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal». Esta *legitimación por sustitución* del concursado por la administración concursal de la que habla la ley, este obrar *en el lugar* del concursado, *no es sólo una sustitución procesal*; esta *sustitución procesal* no es sino una consecuencia de la *privación transitoria de ejercicio* –suspensión– de las facultades materiales de administración y de disposición del concursado, que a partir de la declaración de concurso corresponde ejercer a la administración concursal (artículo 33.1.a.9º LC), a fin de proveer al mantenimiento y la integridad del patrimonio del concursado.

Esto, que afecta a la privación del concursado de legitimación en sentido civil, viene resuelto en el Derecho procesal en términos un poco más complejos. Al mismo tiempo que, por exigencias del derecho de audiencia del concursado, éste mantiene –artículos 51.2.II y 54.3 LC– su capacidad para ser parte y su legitimación en el proceso, se le priva de la facultad de realizar actos procesales dispositivos y se dota a la presencia o ausencia de la administración concursal de un tratamiento análogo al que se dispensa a la capacidad procesal y la representación. Recordemos, en este punto, que el artículo 7.4 LEC remite a la LC para *suplir* el ejercicio procesal de los derechos del concursado, lo que sitúa la solución procesal a este problema en el terreno de la capacidad y la representación, figura ésta que sí permite hablar con propiedad de “ejercicio de derechos de otro” cuando va seguida de heteroficacia directa e inmediata (que, por cierto, se produce sin norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada, por hacerla innecesaria el artículo 53 LEC²⁵).

3.2.2. La masa concursal como sujeto transitorio de derechos y sustituto de los intereses individuales del concursado e, invariablemente, de los derechos e intereses de los acreedores singulares

§. Repárese en que conferir personalidad procesal transitoria a la masa coloca a ésta en una situación jurídica de mayor protección que la que se dispensaría de tratar a la administración concursal como sujeto legitimado por sustitución *del concursado*. La subjetivización y atribución de capacidad a un sujeto es, al cabo, la mayor protección que puede dispensársele en forma de aptitud primigenia para atribuirle la titularidad de derechos e intereses legítimos procesales, que en este caso se proyectan siempre sobre intereses materiales de

²⁵ Las sentencias que se dicten en los procesos en los que sea parte el concursado tienen, en efecto, los límites objetivos y subjetivos ordinarios que correspondan conforme al artículo 222 LEC. La vinculación de estas sentencias en el concurso, frente a todos los sujetos que quedan integrados en él, no se ha abordado con una norma de extensión de límites subjetivos, sino, más resolutivamente, mediante la norma del aptdo. 1 del artículo 53 LC, cuyo destinatario es, directamente, el juez del concurso: «*las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda*» (artículo 53.1 LEC), sin perjuicio –aclara el aptdo. 2– de las acciones de impugnación por causa de fraude que corresponde deducir a la administración concursal.

carácter patrimonial. Pero, entonces, surge esta otra pregunta: ¿acaso es *la masa* la que ostenta legitimación *por sustitución* del concursado?

§. No se ignora que DE LA OLIVA SANTOS²⁶ y CORDÓN MORENO²⁷ responden afirmativamente a la cuestión de que la masa concursal es sustituta procesal del concursado. Pero tampoco se ignora que en las consideraciones – bien que *obiter dicta*– de la [STS \(Sala 1ª\) núm. 634/2010, de 14 de octubre de 2010 \(rec. 1643/2006\)](#) se lee que:

«los acreedores en su conjunto –como grupo– son los titulares de los derechos que se ejercitan a través de las acciones de retroacción –legitimación por sustitución–, en tanto que la sindicatura es solo un representante legal ... exclusivo desde que entra en ejercicio de su cargo hasta que cesa– de la masa de acreedores»²⁸.

Quiere decirse con ello que la respuesta apunta siempre a la misma idea de *sustitución* radicada en la teoría general del Derecho privado, pero susceptible de ser abordada en el proceso desde diversas técnicas procesales, que en este caso afecta, de un lado e invariablemente, a todos y cada uno de los acreedores y deudores singulares del concursado y, de otro lado, afecta eventualmente al concursado, con distinta intensidad en función del régimen de intervención o de suspensión de sus facultades jurídico–patrimoniales.

Propugnar que la masa concursal o –lo mismo da a estos efectos– la administración concursal como su representante orgánico, ostentan legitimación por sustitución *del concursado* debilita y ensombrece la protección jurídica que el legislador –no sólo el nacional y tampoco únicamente el moderno– ha querido conferir a la masa del concurso y que *en absoluto* está moldeada con las medidas de la esfera jurídica del concursado como sujeto *sustituido* procesalmente, sino también por la de los acreedores, a quienes asimismo “sustituye” en parte la masa. Es decir, si se insiste en ver este supuesto en términos de “sustitución procesal” lo correcto es mantener que la masa

²⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil I. Parte General* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. BANACLOCHE PALAO), 2ª ed. Madrid, 2013, p. 445, quien, no obstante, desliza matizaciones coincidentes con lo que se dirá en el texto principal.

²⁷ F. CORDÓN MORENO, “Artículo 10, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Armenta Deu, vol.1, Navarra, pp. ____.

²⁸ La sentencia en cuestión estima un recurso extraordinario por infracción del artículo 10 LEC porque la sindicatura del concurso que había interpuesto la demanda carecía de “legitimación” activa para ejercitar las acciones de naturaleza individual que competen *uti singuli* a los acreedores frente al administrador social de la mercantil concursada. La sentencia es interesante no por la afirmación del texto principal, sino precisamente porque lo que se plantea es la falta de “legitimación” de la sindicatura para obrar en sustitución procesal de los acreedores *uti singuli* del concursado. Ahora bien, puesto que la Sindicatura había –al parecer– fundado la demanda también en los preceptos que regulan la acción social de responsabilidad, la Sala 1ª anula actuaciones para que se pronuncie la AP *a quo* (aunque, para ser consecuente, debió haberse anulado también la del Juzgado). Mediante [SAP Palma de Mallorca \(Secc. 4ª\) de 26 de octubre de 2011 \(rec. 661/2005\)](#) se confirmó la sentencia estimatoria de instancia «aunque por otro razonamiento» (*sic.*), consistente en la procedencia de responsabilidad *social ex* artículo 134 LSA; el recurso por infracción procesal que se interpuso contra esta sentencia basado en incongruencia *extra petitum* fue inadmitido a trámite por [ATS \(Sala 1ª\) de 25 de marzo de 2014 \(rec. 1109/2012\)](#).

concursal es sustituta procesal *del concursado* pero también *de todos y cada uno de los acreedores*, cuyas facultades crediticias y procesales se van a ver afectadas material e invariablemente a causa de la declaración misma del concurso de su deudor.

§. No es baladí que con la declaración de concurso surjan precisamente a favor de la masa acciones *propias*, específicas tutelas concretas –impugnatorias, fundamentalmente, de negocios jurídicos realizados por el deudor– que el propio concursado no tiene, pero que son una trasposición al concurso de la acción pauliana individual que el artículo 1111 CC confiere a los acreedores *uti singuli* y que ahora ejercita la administración concursal en el interés distinto y común a todos los acreedores, en cuanto «órgano necesario» del concurso (lo dice el aptdo. IV de la Exposición de motivos de la LC). Esta tutela, como señalamos, no es nueva; la encontramos ya en las fuentes romanas que permitían al pretor conceder al *curator bonorum* acción para atacar los actos realizados por el deudor *fraudationis causa*²⁹. Y la misma razón, esto es, la trasposición de los remedios del artículo 1111 CC al ámbito de la insolvencia colectiva, explica la legitimación subsidiaria que el aptdo. 4 del artículo 54 LEC reconoce a los singulares acreedores para instar de la administración concursal el ejercicio de las acciones del concursado que tenga suspendidas sus facultades patrimoniales.

Es el distinto carácter de los intereses de los acreedores en su conjunto –la *par conditio creditorum*, principalmente, que es un interés radicalmente opuesto al que singularmente ostenta cada acreedor: el de llegar y cobrar cuanto antes mejor– el que ha de cuidar la administración concursal, hasta el punto de que, tras la declaración de concurso necesario de las personas jurídicas, el ejercicio de las acciones *sociales* de responsabilidad contra administradores, auditores y liquidadores corresponde –con alteración del régimen de la LSC– «exclusivamente a la administración concursal» (artículo 48 *quáter* LC)³⁰, entre cuyas funciones está también la de «ejercer la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas anteriores a la declaración de concurso» (artículo 33.1.a LC).

Ahora, no se nos escapa que si unas y otras acciones –las individuales del concursado y las concursales específicas– son ejercitadas por la administración concursal se corre el riesgo de ver que estemos ante una *sustitución procesal ora del concursado, ora de sus acreedores*, ya por la administración concursal, ya por la propia masa. Examinar estos supuestos en clave de sustitución

²⁹ En su comentario al edicto de D. 42.8.1 ULPiano se refiere a la acción temporal que el pretor puede conceder al *curator bonorum* para evitar el fraude patrimonial en daño de los acreedores: «*Ait praetor: "quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ip-sum, qui fraudem fecit, servabo"*».

³⁰ Esta referencia del artículo 48 *quáter* LC a una suerte de legitimación exclusiva de la administración concursal no expresa una nueva especie del género de legitimación; el adverbio «exclusivamente» sólo quiere aclarar que, tratándose de acciones sociales de responsabilidad que están reguladas en la LSC, no cabe durante el concurso la legitimación de socios y acreedores prevista en los artículos 239 y 240 LSC.

“procesal” no simplifica ni ayuda a explicar la legitimación en estos especiales supuestos. Pensemos, p. ej., en las “re-sustituciones procesales” que podrían llegar a darse en el concurso de la herencia yacente (artículo 1.2 LC) si se propugnara que la masa concursal y, por iguales motivos, la masa hereditaria, son sustitutos procesales de –respectivamente– el concursado y los llamados a la herencia. Esto conduciría a considerar que cuando se produce el concurso de la herencia yacente *la masa concursal es sustituta procesal de la masa hereditaria que, a su vez, es sustituta procesal interina de los llamados a la herencia*. O pensemos en la sustitución procesal *pasiva in itinere* que tendría lugar cuando sobreviniera la declaración de concurso necesario o el fallecimiento sin aceptación inmediata de la herencia de quien ocupara la posición procesal de demandado en un proceso pendiente.

§. La cuestión es que resulta difícil huir de una visión tan alambicada y no caer en otra igualmente peliaguda, aunque más certera, sobre la sustitución.

Suprimamos la calificación de “procesal” en estos supuestos de sustitución y consideremos que obedecen a una causa específica inmediata que está enraizada en la suspensión o imposibilidad de ejercicio del poder de disposición y administración de los titulares. Así es, en efecto, y esto no es sino una reactualización del fundamento de la legitimación en la teoría general del Derecho privado, al que igualmente pertenecen las nociones de representación y de sustitución.

Ahora bien, en el proceso, sin desconocer ese fundamento, las cosas tienen que desenvolverse de manera mucho más sencilla y la alternativa a esa sustitución procesal compleja consiste, en el terreno ya de la técnica procesal, en reconocer que a favor y en beneficio de la masa concursal, personificada orgánicamente en la administración concursal como representante *sui generis* o legitimado extraordinario, el ordenamiento jurídico–positivo reconoce concretas tutelas, en la línea de lo que sostienen los defensores de la acción en sentido concreto, pero también la mejor doctrina mercantilista que ha indagado la naturaleza de la administración concursal y propugna que la administración concursal es un órgano del concurso dotado funcionalmente de legitimación procesal «principal, legal, formal y extraordinaria»³¹.

En el caso de suspensión de las facultades de administración y suspensión, TIRADO encuentra en la legitimación de la administración concursal, que denomina *indirecta*, la explicación *funcional* más satisfactoria. Por su interés, reproducimos literalmente sus palabras³²:

³¹ I. TIRADO, *Los administradores concursales*, 1ª ed., Madrid, 2005, p. 105. Remitimos al lector interesado a esta monografía en la que se abordan en profundidad las diversas teorías – la representativa, la orgánica, la de parte por razón del oficio, la de la legitimación indirecta – que se han propugnado en esta materia (TIRADO, *op. cit.*, p. 86) y al estudio conjunto de E. BELTRÁN e I. TIRADO, “La prohibición de autocontratación de los administradores concursales”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, pp. 87 y ss., espec. pp. 90-103 [v.e. disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/244/1/articulo.pdf>].

³² I. TIRADO, *Los administradores concursales*, *cit.*, pp. 86-88.

«Este supuesto se corresponde *en parte* con el concepto de «sustitución» (*Ersetzung*) dado inicialmente por la doctrina alemana de principios de siglo. Surgida directamente del Derecho administrativo, cuyo creador, JORMANN, nuncó llegó a desarrollar la idea en toda su amplitud, su intruducción en el ámbito de la teoría de la administración de patrimonios y, por añadidura, en el Derecho concursal, se debe a HEINEMANN (...) El sustituto ejerce los derechos del sustituido *en contra de éste* (*Der Konkursverwalter steht nicht für ihn –Gemeinschuldner– sondern gegen ihn ein*), y esa posición de superioridad se la confiere la Ley (concursal) o, en algunos casos, un particular que crea un patrimonio de destino (el ejecutor testamentario). La doctrina española que ha mostrado su apoyo a la teoría de la sustitución para explicar la naturaleza de la administración concursal (...) ha utilizado esta concepción (...). Sin embargo, pese a la similitud entre las teorías no se ha considerado adecuado el recurso a esta construcción, afirmando que la administración concursal es un «sustituto» del deudor –o de los acreedores–, fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, el propio estado de indeterminación de la construcción; hay demasiados conceptos distintos de sustitución, ninguno claramente predominante, de manera que aquél que intenta explorar la teoría cae en el desconcierto. El segundo es la vertiente excesivamente pública que suele acompañarla. En efecto, tras esta concepción subyace la idea de que en las situaciones en las que se produce la sustitución –coactiva– el cuidado de un interés propio amenaza la consecución de un interés considerado superior, cuya realización es deseada por el Ordenamiento jurídico para la obtención de sus propios fines. Por ello, el titular del interés es “expropiado” de su facultad de disposición, a través de un acto de imperio (...).

A nuestro modo de ver, la sustitución sí tiene aquí cabida, pero dentro de la teoría general del Derecho y no limitada únicamente a los supuestos de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado, para encontrar la técnica más adecuada de protección jurídica de todos los sujetos involucrados (también los acreedores y los propios deudores del concursado, en cuya esfera jurídica también producirán sus efectos el ejercicio de las funciones de la administración concursal).

Por eso, este panorama no estaría completo si no examinamos los mecanismos intraconcursoales que la LC establece, por un lado, a favor de la administración concursal respecto de las acciones extraconcursoales del concursado y, por otro lado, a favor de los acreedores singulares respecto de las acciones concursoales que corresponde deducir a la administración concursal, con los que, de nuevo, regresamos de nuevo a la idea de sustitución.

3.3. LAS LEGITIMACIONES SUBSIDIARIAS CONCURSALES

§. Entre la genérica “acción” subrogatoria del artículo 1111 CC y las legitimaciones subsidiarias que el artículo 54 LC confiere, bajo determinadas circunstancias, a favor de los acreedores singulares y de la administración concursal existe identidad de razón. La distancia que hay entre la una y las otras es la que media entre la insuficiencia patrimonial en casos singulares y la insolvencia en situaciones concursoales³³. Por eso han sido también denominadas

³³ La relación entre acción subrogatoria y privación de las facultades de disposición del deudor declarado en concurso la vio ya GÓMEZ ORBANEJA, quien advirtió que una de las

por la doctrina mercantilista como *acciones subrogatorias concursales*, en atención a que constituyen plasmaciones concretas de la genérica acción subrogatoria del artículo 1111 CC dotadas de un régimen jurídico propio³⁴, que ya hemos adelantado en parte al tratar el artículo 1111 CC³⁵. Por nuestra parte, preferimos denominarlas *legitimaciones subsidiarias*, para evitar equívocos con la acción del artículo 1111 CC, porque ahora se trata de acciones subrogatorias del todo específicas, que son fruto de reelaboraciones posteriores a la época codificadora y que desplazan por inaplicación, aunque la LC injustificadamente omita decirlo dándolo por supuesto, las previsiones del artículo 1111 CC.

De hecho, en el anteproyecto de LC de 2001 el entonces artículo 53 –precedente del actual artículo 54 LC– dejaba a salvo de los efectos de la declaración de concurso necesario «*las acciones que, previa notificación al Juez del concurso, corresponda ejercitar a los acreedores al amparo del artículo 1111 del Código Civil, en beneficio de la masa activa y en las que la administración judicial estará legitimada para intervenir como parte*». La actual LC, en lugar de coordinar las implicaciones entre los diferentes efectos del concurso y el ejercicio del artículo 1111 CC por parte de acreedores singulares, lo que ha hecho en el artículo 54 LC es regular –aunque no con la suficiente visibilidad– dos *acciones subrogatorias concursales*: una en favor de acreedores singulares en el caso de concurso necesario o de suspensión de facultades de administración y disposición del deudor, y otra en favor de la administración concursal en el caso de concurso voluntario con mera intervención –no suspensión– de las facultades de administración y disposición del deudor concursado.

3.3.1. La acción subrogatoria de la administración concursal o su legitimación *subsidiaria* en las acciones paraconcursoales del deudor

§. El marco legal de la legitimación subsidiaria de la administración concursal respecto de las acciones de contenido patrimonial que primigeniamente corresponden al propio deudor se encuentra en el aptdo. 2 *in fine* del artículo 54 LC en cuya virtud, y para el supuesto de mera intervención de facultades patrimoniales del deudor, «*si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar aquélla para interponerla*». Esta autorización, tan repudiada por los autores franceses en materia de *action oblique*, está perfectamente justificada en el caso de que al deudor concursado se le hayan “sólo” intervenido sus facultades jurídico–matrimoniales.

diferencias entre la subrogatoria y la legitimación de los síndicos es que en la primera no se excluye la legitimación del deudor (GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 142).

³⁴ M. J. MARÍN LÓPEZ [“Artículo 54. Ejercicio de las acciones del concursado”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. Bercovitz, Madrid, 2004, pp. 578-579 [v.e. disponible en separata en https://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_cap_4_art54.pdf]].

³⁵ *Vid. supra* 4.1.3. Acción subrogatoria y situaciones concursales. Remisión, pp. 362 y ss.

Esta legitimación subsidiaria de la administración concursal se suma a la que con carácter directo se le atribuye en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, para deducir pretensiones jurídico–procesales de contenido patrimonial. Unas y otras se diferencian no sólo en el carácter subsidiario o directo, respectivamente, sino también, en la hipótesis que contemplamos de acciones paraconcursoales, en que la administración concursal precisa que el juez del concurso autorice la interposición de la demanda en cuestión, realizándose un control sobre la razonabilidad de la injerencia en la esfera jurídica del deudor concursado cuando todavía conserva, aunque intervenidas, sus facultades de administración y disposición patrimoniales.

§. El cauce para la obtención de la autorización judicial, que no es necesaria en el supuesto del artículo 1111 CC, es el previsto en el artículo 188 LC, que se inicia por escrito y se resuelve contradictoriamente por medio de auto contra el que únicamente cabe recurso de reposición, sin efectos –se entiende– suspensivos. Aunque nada dicen ni la LC ni la LEC, su falta debe originar, en razón de su fundamento y su fácil constatación inicial, un óbice de procedibilidad en el proceso declarativo que se incoe, apreciable de oficio ya al amparo de los artículos 264.2º (relativo a la «falta de documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya») y 418 (sobre el tratamiento procesal de los defectos de capacidad o representación en la audiencia previa) LEC, ya al amparo del artículo 425 LEC, sobre el tratamiento en la misma sede de «circunstancias procesales análogas a las expresamente previstas».

3.3.2. La acción subrogatoria de los acreedores singulares o su legitimación subsidiaria para deducir pretensiones de carácter patrimonial atinentes al concursado

§. El artículo 54 LC no lo dice expresamente, pero da por supuesto que el sistema de legitimaciones que en él se prevén excluye la aplicación del artículo 1111 CC, con las distorsiones que esta ausencia puede conllevar según hemos dejado ya apuntado al tratar la acción subrogatoria y el sobreentendido de la falta de presencia del deudor intermedio en el proceso. Sea como fuere, el aptdo. 4 de este artículo reconoce a los singulares acreedores una legitimación subsidiaria, sometida a la concurrencia de varios presupuestos para poder deducir los derechos del deudor concursado frente a tercero *ex* artículo 1111 CC, a saber:

- En primer lugar, el acreedor debe haberse dirigido por escrito a la administración concursal interesando de ésta «*el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica*». El carácter motivado de este escrito permite a la administración concursal e, hipotéticamente, al propio concursado si se le incluye como destinatario, valorar la viabilidad del eventual proceso y el carácter beneficioso para los intereses comunes de la masa concursal.
- Y en segundo lugar, efectuado este requerimiento, el acreedor debe dejar transcurrir un plazo de dos meses, dentro de los cuales ni el concursado ni, en su caso, la administración concursal deben haber instado el proceso en cuestión

para integrar así un presupuesto cuya falta puede considerarse un óbice de procedibilidad en el proceso en cuestión.

Concurriendo estos presupuestos, pueden los acreedores ejercitar lo que el aptdo. 4 del artículo 54 LEC denomina «acción subsidiaria» que se caracteriza, además, por que los acreedores litigan a su costa, aunque en el interés común de la masa concursal, esto es, *utendo iuribus*; y si la demanda «fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia una vez que ésta sea firme». Este aptdo. 4 se cierra con la previsión, expresada en términos imperativos, de que estas acciones «se notificarán a la administración concursal», aunque la ley silencia los efectos del incumplimiento de esta previsión.

Específicamente, el artículo 72 LC toma en consideración la legitimación subsidiaria de los acreedores para ejercitar acciones rescisorias y de impugnación que, en primer lugar, competen a la administración concursal y, sólo en su defecto, pueden instar los acreedores singulares. El artículo 72 LC regula así la legitimación y el procedimiento de esta acción rescisoria concursal que, nuevamente, muestra la transposición del artículo 1111 CC al ámbito de la insolvencia colectiva y su provecho en el superior interés común de todos los acreedores integrados en la masa pasiva del concurso:

Artículo 72. Legitimación y procedimiento.

1. La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54.
2. Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis. La acción rescisoria solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior.
3. Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.
4. Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal.

CAPÍTULO VII

Adelgazamiento de la sustitución procesal

1. Sustitución procesal y derechos reales limitados

1.1. EL ANACRONISMO DE LA LEGITIMACIÓN POR SUSTITUCIÓN DEL ACREEDOR PIGNORATICIO Y DEL USUFRUCTUARIO DE COSA FRUCTÍFERA

§. Junto con la acción subrogatoria, la legitimación del acreedor pignoraticio *ex* artículo 1869.II CC y la del usufructuario *ex* artículo 507 CC conforman una trilogía clásica en el variable contenido de la sustitución procesal. Mientras que unos supuestos u otros han ido saliendo o entrando en nuestra figura, estos tres han constituido parte casi invariable de su contenido; y, en efecto, razones históricas no faltan. De hecho, sólo ellas lo explican y las hemos visto en parte al tratar la propia historicidad de la acción subrogatoria y lo que ésta tiene de *sustitución procesal*. Por eso hoy carece de sentido seguir incluyéndolos en la discutida figura de la sustitución procesal; este agrupamiento es fruto de otro acarreo histórico del que debieran librarse los libros de Derecho procesal al tratar la sustitución procesal.

§. Sin embargo, no era así en la época codificadora. Hoy en día –y por eso causa perplejidad su agrupamiento en la sustitución procesal– tenemos asumido el carácter real de estos derechos limitados *in re aliena*; pero en el siglo XIX la cuestión distaba de ser clara. Así, p. ej. CICU subrayó las analogías entre la acción subrogatoria y la prenda de derechos «porque precisamente en la prenda de derechos se reencuentra el poder del acreedor pignoraticio de ejercitar el derecho de crédito dado en prenda»¹¹⁵⁸. Y, más expresivamente, ZITELMANN condensaba los problemas dogmáticos de estos *iura in re aliena* dibujando a su titular como un «jinete de bronce sobre un caballo de papel». Dicho de otro modo, no se llegaba a entender cómo podía negocialmente, es decir, sobre un negocio consensual, alumbrar un derecho más vigoroso, de carácter real, que aquél que le sirve de título de constitución.

Hoy en día, como se ha dicho, se ha perdido el sentido histórico que explica por qué estos supuestos han quedado comprendidos en la figura de la sustitución procesal y que no hacen más que perpetuar –y a esto hemos contribuido desde el Derecho procesal prestando el concepto de sustitución procesal– un error en el que ya incurrió el propio Código civil en los artículos 1869.II y 507 respecto del acreedor pignoraticio y del usufructuario de cosa fructífera, respectivamente. Estos artículos no hacen más que moldear de forma *especular*, es decir, sobre la forma de los derechos del propietario, los derechos y facultades del titular del derecho real limitado y cuyo fortalecimiento tiene su razón y modo de ser no tanto en el Derecho romano, cuanto en el floreciente comercio de la Edad Media y en los caracteres propios de la sociedad feudal.

¹¹⁵⁸ A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 85

1.1.1. EL ERROR DEL ARTÍCULO 507 CC Y SU CONSAGRACIÓN EN LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: LA DECAPITACIÓN DEL JINETE DE BRONCE

§. Dejando ahora a un lado la situación del acreedor pignoraticio y la criticable definición de las acciones que le corresponden en defensa de su derecho según el artículo 1869.II CC, es difícil no convenir con RIVERO HERNÁNDEZ en su afirmación de que la regulación de nuestro Código Civil sobre el usufructo «ya en 1889 nació vieja, anacrónica, demasiado anclada en textos romanos y soluciones jurídicas del siglo XVIII (más que en las de 1804)»¹¹⁵⁹. Una huella queda en el problemático artículo 507 CC que, durante décadas, ha pasado por los libros de Derecho procesal como un supuesto clásico de sustitución procesal, seguramente por haber detectado KOHLER por primera vez su *Prozeßstandschaft* en el estudio que dedicó en el año 1886 al usufructo con poder de disposición¹¹⁶⁰.

§. A nuestros limitados fines no nos vamos a remontar al Derecho romano¹¹⁶¹; nos basta con señalar que la diferencia entre *nuda propiedad* y *dominio útil*, aunque conocida en el Derecho romano, se consolidó en la Edad Media por las características propias de la sociedad feudal.

Fuertemente latifundista, en la Edad Media el señor feudal no es quien usa y extrae los provechos de cosechas, ganaderías, montes, o pequeños comercios; normalmente atribuye, a cambio de un canon que se convierte en fuente de riqueza para el señor, el uso de estos bienes a labriegos y colonos (hombres ya libres y no sometidos a servidumbres personales, como en el Derecho romano) y, con él, va pareja –desde el Derecho tardo–romano– la cesión de acciones útiles dirigidas a defender los derechos posesorios del colono, a través de acciones posesorias e interdictales: al fin y al cabo, a nadie más que a ellos les interesa obtener una protección directa de los bienes que usan y aprovechan.

Ya en el Derecho romano y con gran sentido pragmático, se les atribuirá también el derecho a hacer suyos los frutos de los bienes productivos o fructíferos, que presenta grandes ventajas para ambas partes: de un lado, porque estimula el celo del usufructuario en la explotación y la mejora de los bienes y, de otro lado, porque el propietario consolidará, a la extinción del derecho limitado (que si es vitalicio, como en el usufructo viudal, será obligación transmisible a los causahabientes) una propiedad plena sobre un bien no desprovisto de interés económico y potencial funcionalidad. Mientras tanto, cada día el propietario fue convirtiéndose más en –lo dice el nombre– un *nudo propietario* y el usufructuario, en el titular del llamado *dominio útil*¹¹⁶². De

¹¹⁵⁹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, 1ª ed., Madrid, 2010, p. 41.

¹¹⁶⁰ J. KOHLER, “Der Dispositionsniessbrauch”, publicado en *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. XXIV, 1886, pp. 187 y ss.

¹¹⁶¹ *Vid.*, por todos, C. ROGEL VIDE, *La nuda propiedad*, Madrid, 2015, espec. pp. 13-20.

¹¹⁶² *Vid.*, por todos, E. CORDERO QUINZACARA y E. ALDUNATE LIZANA, “Evolución histórica del concepto de propiedad”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. XXX, 2008, pp. 345 y ss. [v.e. disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>];

hecho, si tenemos en cuenta que el interés del señor es tanto menor cuanto más lejano ve el día en que se extinga el derecho real limitado, como sucede en el usufructo viudal, se entiende que el usufructo empieza a considerarse el *dominium* importante, merecedor de tutela autónoma, sin necesidad de obtenerla a través de un nudo propietario que no retiene sino la mera titularidad de los bienes.

§. Salvo en el usufructo viudal y en el de los padres respecto de los bienes de los hijos menores, el origen de estas figuras es consensual y el propio régimen señorial terminó haciendo de estos negocios una fuente de renta para los señores y un continuo refuerzo del dominio útil del usufructuario y del acreedor pignoraticio. Pero la Revolución francesa vino a cambiar este panorama con la exaltación de la propiedad como el más pleno y perfecto derecho patrimonial del que es posible ser titular que determinó la suerte de la configuración de la tutela judicial que se les reconoció especularmente, por referencia a la que correspondiera al nudo propietario.

Al tiempo de la codificación, pues, llegan y se añaden diversas teorías en torno a la naturaleza jurídica del usufructo, a saber¹¹⁶³:

- La teoría más antigua, sostenida por comentaristas como BALDO, BARTOLO o CARBONNIER, propugnan la teoría de la *desmembración* o *parcelación* de la propiedad, de la que aparece desgajado el derecho de uso y disfrute que corresponde al usufructuario. Esta visión de las *pars dominii* –explica RIVERO HERNÁNDEZ– es tributaria de la unidad de la *proprietas* romana y perduró durante mucho tiempo, por obra de los glosadores y con fundamento en algunos textos romanos (como el fragmento de PAULO en D. 7.1.4, que proclama que «*ususfructus in multis casibus pars dominio est*»), aunque hoy no admite ser confrontada con los textos modernos.
- Otros autores, siguiendo los pasos de VENEZIAN, como ALLARA, SEGNI o REDENTI llegan a sostener que se trata, en realidad, de *titularidades temporales y sucesivas* sobre la cosa, por cuanto el usufructuario sería el titular actual y temporal de la cosa a cuyo término se transmite al nudo propietario, que mientras tanto ostenta la expectativa de consolidar a su término la propiedad plena sobre la cosa: «el elemento real del usufructo –dice ALLARA– estaría constituido por una propiedad temporal y a término, y el nudo propietario sería titular de una propiedad con término inicial»¹¹⁶⁴.
- Y, por fin, encontramos la *teoría del derecho real autónomo*, que grava la propiedad como una carga y cuya elaboración se atribuye a la pandectística alemana. Según esta teoría, hoy predominante, «las facultades de goce que

C. MUNIER, “El concepto de «dominium» y «proprietas» en los canonistas y moralistas desde el siglo XVI al XIX”, en *Ius canonicum*, vol. 2, núm. 4, 1962, pp. 469 y ss. [v.e. disponible en <http://hdl.handle.net/10171/13785>].

¹¹⁶³ Se sigue en este punto el análisis de RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, cit., pp. 69 y ss., espec. nota 53. No obstante, *vid. supra* Parte I, Cap. III, epígrafe 3.4.2. La figura del usufructo como posible hipótesis de ejercicio de un derecho ajeno, pp. 91 y ss.

¹¹⁶⁴ M. ALLARA, *Le nozione fondamentali del Diritto civile*, 4º ed., Turín, 1953, p.p. 695 y ss., citado por RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, cit., p. 71, nota 55.

competen al usufructuario no constituyen una parte de la propiedad, sino que tienen en el usufructuario una entidad propia y una función peculiar; por su parte, los poderes y facultades que corresponden ordinariamente al propietario aparecen comprimidos en su ejercicio por la existencia del usufructo»¹¹⁶⁵. A éste le corresponden, constante el usufructo, «facultades de control sobre la cosa usufrutuada, puede realizar mejoras en ella, puede reclamarla para sí en determinados casos, puede enajenar la cosa usufrutuada e hipotecarla también, tiene facultades de uso y disfrute de las minas y tesoros (...), puede oponerse al uso abusivo de la cosa por el usufrutuado y, singularmente, al arrendamiento notoriamente gravoso suscrito por el mismo (...)»¹¹⁶⁶.

En suma, salvo en el usufructo viudal, el testamentario y el paterno-filial, el origen de estas figuras es consensual y el propio régimen señorial terminó haciendo de estos negocios una fuente de renta para los señores y un continuo refuerzo del dominio útil del usufructuario y del acreedor pignoraticio hasta la Revolución francesa y el movimiento codificador.

§. Con lo dicho es posible hacerse la idea del anacronismo que supone ver a un sustituto procesal del nudo propietario en el usufructuario de cosa fructífera que, según dispone literalmente el artículo 507 CC:

«(...) podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diere fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos.

El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufrutuado».

Como fácilmente se advierte sin necesidad de muchas explicaciones, no hay tal sustitución procesal: el usufructuario no sustituye procesalmente al nudo propietario, sino que deduce sus propios derechos cuando de defender y reclamar su posición jurídica se trata. Ni siquiera existe una legitimación de naturaleza extraordinaria. Es una legitimación material del todo ordinaria que se deriva del derecho completamente propio –de carácter real– que se tiene sobre la cosa ajena, que, sin embargo, se encuentra fuertemente influenciada por una *condictio iuris* consistente en prestar la citada fianza o *cautio usufructuaria*.

§. Esta fianza o caución es –según dispone el 491.2º CC– una de las obligaciones que compete al usufructuario «antes de entrar en el goce de los bienes», con algunas excepciones. Así, están exceptuados, p. ej., los padres usufructuarios o el cónyuge supérstite mientras no contraigan ulterior matrimonio (artículo 492 CC) o cualquier usufructuario al que se le puede dispensar «cuando de ello no resulte perjuicio a nadie» (artículo 493 CC).

¹¹⁶⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, cit., p. 73.

¹¹⁶⁶ C. ROGEL VIDE, *La nuda propiedad*, cit., p. 8.

Su falta de prestación implica, entre otros efectos (artículo 494 CC), que puedan ponerse los bienes inmuebles bajo administración o que se vendan los bienes muebles. Eso sí, aclara el artículo 496 CC que:

«prestada la fianza por el usufructuario, tendrá derecho a todos los productos desde el día en que, conforme al título constitutivo del usufructo, debió comenzar a percibirlos».

Ergo, el usufructuario de cosa productiva puede, prestada la fianza o dispensado legalmente de ella, hacer suyos los frutos. Lo que no se entiende –y no se entiende porque en más de cien años no se había desarrollado la previsión del artículo 507 CC, ni los tribunales lo habían exigido– es que, aun en estos casos, requiera el usufructuario de «autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar» «los créditos vencidos que formen parte del usufructo».

§. Este artículo 507 ha sido recientemente desarrollado en los artículos 100 y ss. LJV, que constituyen el Capítulo I (*De la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo*) de su Título VI (*De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a los derechos reales*) y que, aunque sigue sin relacionar la figura del usufructo con la sustitución procesal, sí ha alterado –y sustancialmente– la legitimación del usufructuario en el proceso en el que se proponga reclamar los frutos vencidos comprendidos en el usufructo. Llama, además, la atención que el CGPJ no haya visto el menor reparo a este expediente de jurisdicción voluntaria, del que dice que es plenamente respetuoso con la naturaleza de la figura, cuando –en mi opinión– el propio artículo 507 CC con la exigencia de la autorización dominical o judicial despoja en parte del carácter real de este derecho –nada claro en el momento codificador de finales del XIX– y puede crear no pocos problemas en materia de legitimación. Porque una de dos: o la mencionada autorización dominical o judicial constituye un requisito de procedibilidad y, por eso, un entorpecimiento del proceso declarativo de reclamación de créditos vencidos, o –si no lo supusiera, como hasta ahora ha sucedido por no estar desarrollada esa previsión– constituye un trámite innecesario cuya existencia generara una indeseada confusión. Y a ello añádase que al albur de la *cautio usufructuaria* que pueda exigirse para obtener la autorización puede llegar a vaciarse a la propia figura de su sentido jurídico–económico.

A nuestro limitado parecer, el error de partida está en el propio artículo 507 CC, donde se supedita la esfera de relaciones externas entre el usufructuario con terceros a la obtención de una autorización que debiera haberse situado en la esfera interna de las relaciones entre nudo propietario y usufructuario. Lo diré de otra forma más gráfica y usufructuando la imagen de ZITELMANN: *se ha decapitado al jinete de bronce cuando el médico debiera haber operado al caballo de papel*.

§. Por no alargar más este supuesto, del que habrá que seguir su aplicación forense en los próximos tiempos, lo que tratamos de decir es: 1º) que es la propia indefinición en nuestro Código Civil sobre la naturaleza de este derecho jurídico–real lo que “explica” que el usufructuario haya pasado durante décadas en el plano jurídico–procesal por un sustituto procesal del nudo propietario,

cuando su legitimación es del todo ordinaria. Y 2º) un efecto perverso que ha tenido la perpetuación del empleo de la sustitución procesal en este supuesto es el que se ha consagrado recientemente en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con el óbice de legitimación que parece haber implantado en desarrollo del artículo 507 CC y que reactualiza la necesidad –hasta ahora no sentida en el proceso– de contar con autorización dominical o judicial para, p. ej., que un usufructuario reclame las rentas vencidas de un inmueble arrendado a tercero y cuya tramitación puede tener la misma o mayor duración que el proceso principal¹¹⁶⁷.

2. La figura de la gestión de negocios ajenos en el proceso

§. La figura de la gestión de negocios ajenos de los artículos 1888 y ss CC no constituye ni puede constituir una posición legitimante que el Derecho procesal tome en cuenta, ni, de darse, se trataría de un supuesto de legitimación *por sustitución*. Si se trae el examen de esta figura ahora es por un doble motivo: de un lado, por la poca atención –a diferencia de en otros ordenamientos– que le ha prestado la doctrina patria¹¹⁶⁸ y, de otro lado, porque aporta algunas claves cuando se trata de indagar el sentido de las normas sobre legitimación en el proceso, ya que alguna explicación debe tener el hecho de que el Derecho procesal repudie lo que el Derecho material admite en determinadas circunstancias; esto es, que un tercero, llamado *gestor*, pueda injerir de forma espontánea –se entiende que válida y eficazmente– sobre una esfera patrimonial ajena, con efectos para su titular (el llamado *dominus negotii*).

Los propios orígenes de la figura de la *negotiorum gestio* en el Derecho romano muestran que no es por completo impensable relacionarla con el proceso¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁷ Por resultar ya claramente ajeno a nuestro estudio sobre la sustitución procesal, no nos entretendremos en exponer la competencia, legitimación y el procedimiento regulados en los artículos 100 y ss. En su lugar remitimos a BANACLOCHE PALAO, *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria...*, cit., pp. 272-274.

¹¹⁶⁸ Excepción hecha, desde no hace mucho tiempo, de CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 206-207.

¹¹⁶⁹ Si se examina lo que al respecto han mantenido los autores que se han ocupado de ello, más bien sucede lo contrario. Vid., por todos, F. G. LIPARI, “Gestione d'affari e rappresentanza processuale”, en *Studi di Diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del Suo insegnamento*, t. II, Padua, 1927, pp. 498-519, espec. pp. 500-505; E. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, 2ª ed., Padua, 1947, p. 320-321 y M. KASER, *Derecho romano privado*, trad. de la 5ª ed. por J. SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1968, pp. 369-370 y 208; y, entre nosotros, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, “La gestión de negocios sin mandato”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, marzo-abril, p. 246; J. SANTOS BRIZ y A. GULLÓN BALLESTEROS, “Comentarios a al art. 1888”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albadalejo), Madrid, 1984, pág. 44; y L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, “Comentario al art. 1888”, en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1943.

La figura de la *negotiorum gestio* fue introducida por el pretor para procurar la defensa de los ausentes y encontró su máxima expresión en el ámbito del proceso y, más concretamente, en la figura del *defensor*. Éste –al menos en los tiempos de Gayo– asumía espontáneamente y en su propio nombre el proceso entablado contra el demandado ausente, al que le evitaba la rebeldía. De ahí que puesto que no era necesario que el *defensor* actuara con autorización o mandato del *dominus*, cupiera ver en él a un gestor *procesal* de negocios ajenos. Ahora bien, en coherencia

Muchas legislaciones iberoamericanas, de hecho, la admiten –por la influencia que les llegó de la figura del personero sin poder del *Ius commune*– y la reconducen a la representación directa¹¹⁷⁰.

En estos ordenamientos iberoamericanos en los que se admite la gestión procesal inoficiosa se reconduce la figura al ámbito de la representación sin poder –no al de la legitimación– y sujetan su admisibilidad, como mínimo, a la ausencia física o imposibilidad del *dominus* y a la imposición de una condición resolutoria consistente en que, en un plazo de días o meses, el *dominus* ratifique lo hecho por el gestor procesal; de no producirse la ratificación del *dominus*, el efecto que se suele anudar es la nulidad de los actos del gestor inoficioso con imposición a éste de las costas del proceso, a cuyo efecto suele exigirse previamente la constitución de una caución.

Por lo demás, en Italia –donde no se admite con carácter general la representación voluntaria en el proceso¹¹⁷¹– sólo cabe la representación

con un sistema en el que la figura misma de la representación carecía de eficacia directa para el representado (*vid.*, lo dicho *supra*, [Parte I, aptdo. 2.2.2.](#)), por esas mismas fuentes sabemos que los efectos de esa gestión *procesal* de negocio ajeno que desarrollaba inicialmente el *defensor* y que posteriormente se extendió al *procurator* (que básicamente cumplía la misma función pero respecto de la parte actora) no consumía la acción con respecto al *dominus*; por ello, frente a la eventualidad de un segundo proceso, uno y otro debían prestar una caución a favor de la contraparte.

¹¹⁷⁰ Así, pueden citarse el ejemplo chileno, donde el artículo 6° (7°), pfs. tercero y cuarto, del [Código de Procedimiento Civil](#) de 1902, regula al llamado *agente inoficioso* o persona que obra “en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se haya obrado en su nombre”. También el ejemplo boliviano donde primero el artículo 59 del [Código de Procedimiento Civil](#) de 1975 y ahora el artículo 46 del [Código de Procedimiento Civil de 2013](#) admiten la representación sin mandato asumida por familiares y socios respecto de personas impedidas o ausentes del país. En Argentina el artículo 48 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) de 1981 regula la figura del *gestor*, que ha de identificar al sujeto en cuyo beneficio pretende actuar interinamente durante un máximo de cuarenta días. En Paraguay el artículo 60 del [Código Procesal Civil](#) de 1985 admite también en los casos urgentes y previa prestación de caución la representación sin mandato por plazo de treinta días. El artículo 81 del [Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil de Perú](#) de 1993 regula más detalladamente la llamada *procuración inoficiosa*, en virtud de la cual, bajo determinadas condiciones, es posible “comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial” por un plazo de hasta dos meses. Y, en fin, en Colombia, el artículo 57 del [Código General del Proceso](#) de 2012 –y, antes, el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil de 1975-- regula el *agente oficioso procesal*, que actúa “a nombre de persona de quién no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo”.

En cambio, en otros países latinoamericanos que han emprendido grandes reformas legislativas en los últimos años –lo mismo que en Portugal con el nuevo *Código de Processo Civil* de 2013– se observa una tendencia a inadmitir esta forma de representación. En Honduras, por ejemplo, el actual Código Procesal Civil de 2007 ha suprimido la figura del *gestor oficioso* que sí reconocía positivamente el Código de Procedimientos Comunes de 1906 en su artículo 4°.2; y lo mismo ha sucedido en Nicaragua, donde tras casi un siglo de vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1906 cuyo artículo 71.2 admitía la representación sin poder en casos graves y urgentes, el nuevo Libro Primero del Código Procesal Civil de 2011 ha consagrado la necesidad de poder para obrar en representación.

¹¹⁷¹ Además de lo que se dice en el texto principal, en Italia únicamente cabe la representación voluntaria de las partes –que se confiere mediante mero mandato escrito– en los procedimientos de cuantía inferior a 1.100 euros seguidos ante el *giudice di pace* (artículo 317 *cpc*). Fuera de este supuesto, el legislador italiano no ha querido desvincular la representación en el proceso de la que representación preexistente en el plano material o sustantivo (a través del *istitutore* y del *procuratore generale*) para «sradicare la mala pianta dei causidici» [G.

interina de empresarios a través de su *institute* –o gerente– y limitada a los actos urgentes y a las medidas cautelares, y –para el caso de empresarios no domiciliados en Italia– la representación voluntaria se articula a través de su *procuratore generale* (artículo 77 *cpc*).

No es retórico, pues, preguntarse por qué la gestión de negocios ajenos no ha tenido carta de naturaleza en el proceso. Decir simplemente que no cabe la gestión *procesal* de derechos ajenos porque lo prohíben las normas sobre legitimación en el proceso es un apriorismo que o nos hurta la explicación o evita cuestionarse si su admisibilidad en el proceso no podría condicionarse –lo mismo que en el ámbito material– a la concurrencia de ciertos requisitos. A alguien, incluso, le podría asaltar la duda de si no puede decirse que el tenor del artículo 10.II LEC, cuando remite a la ley para la atribución de legitimación a persona distinta del titular, cubre también la gestión de negocios ajenos, prevista en el Código Civil.

§. En suma, guarda relación con nuestro tema porque cuando, trasladando la gestión de negocios ajenos desde el Derecho privado al Derecho procesal, uno se pregunta si cabe que un tercero –llámese o no gestor– tutele en nombre propio un derecho perteneciente a otro sujeto, con eficacia para éste, a través del proceso, en realidad se está poniendo el problema de si es admisible lo que cabría denominar como una sustitución procesal *extralegal*¹¹⁷² o, según otra terminología, *sine titulo*¹¹⁷³.

En las líneas que siguen vamos a ver que no cabe trasladar la figura de la gestión de negocios ajenos al proceso, fundamentalmente por tres motivos:

- porque nuestro proceso civil no admite la representación directa sin poder, ni siquiera con carácter interino;
- porque los elementos de la figura de la gestión de negocios ajenos no son nunca preexistentes a la actividad gestoria o, al menos, su concurrencia no puede apreciarse *a limine* como exigiría su traslación al proceso para ser considerado un título de legitimación o de representación indirecta; y
- porque –entre otras diferencias– el sustituto procesal actúa en su interés, *depraedandi causa*, y no de forma desinteresada o altruista ni espontánea como haría un gestor procesal de negocios ajenos en beneficio del titular impedido.

Antes, resulta obligado exponer en qué consiste la gestión de negocios ajenos, para lo que nos serviremos de las aportaciones de la doctrina civilista. Esto nos permitirá

NAPPI, “Articolo 77”, en *Comentario al Codice di procedura civile*, vol. 1º, parte II, Milán, 1941, p. 477).

¹¹⁷² Así, E. ALLORIO, “Gestione d'affari e processo”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1936, p. 167, quien no obstante, en este trabajo –y en su posterior “Mancata sottoscrizione, vizio di rappresentanza e ratifica nella citazione”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1946, pp. 169-182– se muestra contrario a su admisibilidad en el proceso.

¹¹⁷³ Denominación tomada de la jurisprudencia italiana y empleada por DI SEMO [“Gestione di affari altrui (Diritto vigente)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VII, Turín, 1957, p. 824, nota 8, y “La gestione di affari altrui nella teoria e nella pratica”, Padua, 1958, p. 95, nota 146] y por C. MANDRIOLI (*Premesse generali allo studio della rappresentanza nel process civile*, Milán, 1957, p. 6, nota 11).

ver que esta figura encuentra su fundamento en el respeto al acto consumado y en el favorecimiento de iniciativas útiles y solidarias respecto de quien se encuentra en situación de no poder atender personalmente a sus asuntos, lo que –desde el punto de vista procesal– es incompatible con el vínculo subjetivo–objetivo en que consiste la legitimación, que, en todo caso, radica en circunstancias preexistentes al propio proceso. De otro modo, la traslación al proceso de la figura de la gestión de negocios ajenos no representativa comportaría la destrucción del concepto mismo de legitimación¹¹⁷⁴.

2.1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y A LOS PROBLEMAS DE SU EFICACIA REPRESENTATIVA

§. Nuestro Código Civil coloca, como es sabido, la figura de la gestión de negocios ajenos dentro de los llamados *cuasi-contratos*. Se trata de una categoría justamente criticada por la doctrina moderna, pero que, en lo que ahora interesa, sirve para expresar la idea de que existen situaciones fácticas que generan obligaciones análogas a las contractuales. En el caso de la gestión de negocios ajenos, esa situación fáctica consiste en encargarse «voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste» (artículo 1888 CC); y por lo que se refiere a las obligaciones que nacen de ella, las que surgen a cargo del gestor consisten básicamente en responder frente al *dominus* por los actos de gestión (artículos 1889-1891 CC), mientras que las del *dominus* consisten en responder «de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizar al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido», siempre que aproveche las ventajas de la gestión o que ésta haya tenido por objeto evitar un perjuicio inminente y manifiesto (artículo 1893 CC).

Con el correr de los tiempos y el paulatino desarrollo de la llamada *teoría general del Derecho*, se ha convertido en lugar común que la doctrina presente la figura de la gestión de negocios ajenos como una derogación del principio que informa en general todo el Derecho privado, consistente en que sólo el titular de un derecho está facultado para su ejercicio; o lo que es lo mismo, enunciado *a contrario*, que ninguno puede injerir en la esfera jurídica ajena¹¹⁷⁵. Y también es común entre los autores que, a continuación, entrando propiamente en el examen de la figura, pasen a estudiar los requisitos que debe reunir la actuación de un tercero para que, en lugar de ilícita e irrelevante con respecto al titular del derecho o bien gestionado, el ordenamiento la considere lícita y eficaz respecto del *dominus*.

¹¹⁷⁴ En este sentido se pronuncian expresamente F. G. LIPARI, “Gestione d'affari e rappresentanza processuale”, *loc. cit.*, pp. 508-509, nota 2 («se tanto si ammettesse, le rigorose norme che disciplinano la legittimazione ad agire perderebbero ogni pratico significato»).

¹¹⁷⁵ La cita aquí de los autores que han repetido con iguales o distintos términos este principio sería interminable. Valgan por todos G. DI SEMO, “Gestione di affari altrui...” *loc. cit.*, p. 814 y J. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Madrid, 1942, pp. 77-83.

2.1.1. Requisitos de la gestión de negocios ajenos

§. Las circunstancias que obran el fenómeno de convertir al extraño en gestor de un negocio ajeno y que transforman lo que inicialmente podría ser una injerencia prohibida en una *negotiorum gestio* o injerencia permitida, son, en principio y *de lege lata*¹¹⁷⁶:

- la falta de obligación para el gestor de asumir la gestión;
- la ajenidad del negocio o asunto (requisito éste que puede, a su vez, englobar el llamado *animus aliena negotia gerendi*);
- la llamada *absentia domini* (o imposibilidad del *dominus* de hacerse cargo de los asuntos propios);
- la licitud del acto; y
- la utilidad de la gestión, que es un requisito alternativo a la ratificación voluntaria del *dominus* prevista en el artículo 1892 CC.

De todos ellos, el requisito de mayor importancia por radicar en él más que en ningún otro el fundamento de la injerencia del gestor en la esfera jurídica ajena, es el último: el de la utilidad de la gestión. Pero, ¿cuándo se reputa útil la actuación del gestor?

Si nos fijamos en cómo el artículo 1893 CC se ocupa de este requisito en cuestión¹¹⁷⁷ se observa que la utilidad exigida en nuestro ordenamiento no es incondicionadamente ni el *utiliter coeptum* italiano o alemán, consistente en la utilidad *objetiva* de la gestión *ab initium gestionis*, ni tampoco el *utiliter gestum*, que se refiere a la utilidad del *resultado* de la gestión¹¹⁷⁸. Nuestro Código toma en consideración ambos criterios, cuando se refiere, respectivamente, a que la gestión «*hubiera tenido por objeto la evitación de un perjuicio inminente y manifiesto para el dominus*» (criterio del *utiliter coeptum*) y a que el *dominus* «*aproveche las ventajas*» de la gestión (criterio del *utiliter gestum*). La primera circunstancia mira al *initium gestionis*, de manera que concurrirá el requisito de la utilidad, con independencia de que exista o no un resultado provechoso final, cuando con la gestión se pretendiera evitar un perjuicio inminente y manifiesto para el *dominus*. La segunda circunstancia atiende al resultado de la gestión, a su momento final, en cuanto exige un aprovechamiento de sus ventajas por parte del *dominus*; aprovechamiento que, no obstante el tenor literal del artículo 1893. II CC, viene siendo interpretado

¹¹⁷⁶ Seguimos en este punto a L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, 2001, pp. 516-517.

¹¹⁷⁷ Dispone el artículo 1893 CC que «aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo./ La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno».

¹¹⁷⁸ Se sigue aquí, en sus líneas generales, el criterio de M. E. Sánchez Jordán, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, pp. 212-294.

objetivamente, para evitar que, pese a la diligencia del gestor, quede en manos del *dominus* el nacimiento de su propia responsabilidad respecto de lo hecho.

2.1.2. Teorías sobre los efectos de la gestión de negocios ajenos

§. Concurriendo los requisitos anteriores, el gestor –se dice– puede injerir eficazmente en la esfera del *dominus*. Toca ahora preguntarse en qué consiste esta eficacia que regulan los artículos 1893 y 1892 CC como consecuencias jurídicas del *agere* del gestor.

El artículo 1893 CC hace responsable al *dominus* «de las obligaciones contraídas en su interés» por el gestor; por su parte, el artículo 1892 CC dispone las consecuencias de que el *dominus* ratifique la gestión, en cuyo caso la ratificación «produce los efectos del mandato expreso», lo que, a su vez, desencadena la aplicación del artículo 1717 CC (la cursiva es mía):

«Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. *Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante*».

§. Sobre esta base legal unos autores sostienen que lo que en principio regulan los artículos 1892 y 1893 CC, con idénticas consecuencias, es la eficacia interna de la gestión, es decir, los efectos que en todo caso, desde el punto de visto interno, produce para el *dominus* la gestión en determinadas circunstancias: la obligación de dejar indemne al gestor.

Según esta primera interpretación, el artículo 1893 CC por sí solo nada dice acerca de la eficacia que puede tener la gestión en el ámbito externo; únicamente es de aplicación en las relaciones entre *dominus* y gestor. Lo que ha llevado a algunos autores a negar que la figura de la gestión, por sí misma, tenga efectos representativos, porque su eficacia se agota en las relaciones internas entre el gestor y el *dominus*, sin trascender a los terceros¹¹⁷⁹.

Ahora bien, estas mismas reflexiones han llevado a otros autores a poner en relación la figura de la gestión de negocios ajenos con el mandato y con la figura de la representación, de tal manera que la vinculación del *dominus* frente a los terceros viene a resolverse, en última instancia, en una toma de postura sobre cuándo y cómo existe representación.

§. La doctrina clásica de la representación considera que ésta sólo se da en rigor cuando los efectos jurídicos del acto se manifiestan directamente en la esfera jurídica del representado, y no del representante. Y para que tal cosa se

¹¹⁷⁹ De esta opinión son GORDILLO CAÑAS [“Representación voluntaria (Derecho civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Madrid, 1995, págs. 5834-5839] y G. GARCÍA VALDECASAS (“La gestión de negocios ajenos. Aportación a una teoría general”, en *Revista de Derecho Privado*, 1957, p. 623, citado por M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, p. 576, nota 575); o, por referencia al ordenamiento italiano, C. MANDRIOLI (*La rappresentanza nel processo civile*, Turín, 1959, pp. 283-285).

produzca –continúan los defensores de esta postura– resultan fundamentales, de un lado, el *agere nomine alieno* y, de otro lado, la existencia de un poder de representación, que puede ser tanto de carácter legal como convencional¹¹⁸⁰; es decir, resulta necesario, en primer lugar, que el sujeto que realiza el acto se presente a los terceros «como *alter ego*, como *sustituto* del principal, declarando actuar no para sí sino para el principal mismo, y alejando de sí los efectos del negocio que se dispone a realizar»¹¹⁸¹; y en segundo lugar, que el agente se halle investido de un poder para actuar en la esfera jurídica ajena. En otros términos, hay representación –que se denomina *directa*– cuando hay *heteroeficacia* del acto, es decir, reconducción subjetiva de los efectos del acto de forma directa a favor del representado, y sus presupuestos son la *contemplatio domini* y el poder representativo.

A esta postura tradicional cabe abscribir a DI SEMO, para quien la gestión de negocios ajenos tiene efectos representativos sólo cuando el gestor oficioso actúa en nombre del *dominus*¹¹⁸². La vinculación directa del *dominus* en este caso se explica, de un lado, porque existe *contemplatio domini*, lo que permite hablar de representación directa o abierta; y, de otro lado, porque pese a que falta aquí un acto de apoderamiento que expresamente confiera al gestor la facultad de obligar al *dominus* en cuyo nombre actúa, este elemento se suple con la concurrencia de los requisitos propios de la figura de la gestión de negocios ajenos¹¹⁸³. En cambio, cuando el gestor actúa en nombre propio ocultando que lo hace para el *dominus*, únicamente queda obligado él frente a los terceros, porque frente a éstos el *dominus* ha permanecido ajeno; la

¹¹⁸⁰ Ésta, como se ha dicho, es la visión más tradicional de la representación y arranca de los trabajos de la doctrina alemana del siglo XIX, que muy pronto señaló como elemento decisivo del fenómeno representativo la actuación en nombre ajeno y la eficacia directa del acto para el sujeto en cuyo nombre se actúa (*vid.*, por todos, L. Díez-Picazo Ponce de León, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 30-34), con la advertencia de que este autor no comparte esta postura tradicional). Esta postura tradicional de la representación como categoría circunscrita a la representación directa o abierta es hoy mantenida entre nosotros por GORDILLO CAÑAS (“Representación voluntaria (Derecho civil)”, *loc. cit.*).

¹¹⁸¹ PUGLIATTI, *Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante. Contributo alla teoria generale della rappresentanza*, Messina, 1928, pp. 23-24, citado por A. GRAZIANI, “Negozio di gestione e procura”, en *Studi di Diritto civile e commerciale*, Napolés, 1953, pp. 63-64.

¹¹⁸² G. DI SEMO, “Gestione di affari altrui (Diritto vigente)”, *loc. cit.* pp. 816-817; y en el mismo sentido, M. CASELLA, “Gestione di affari. I) Diritto Civile”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. XV, Roma, 1989, *separata*.

¹¹⁸³ Habla entonces DI SEMO de un supuesto de representación *sin poder*, para expresar la idea de que, cuando el gestor actúa en nombre e interés del *dominus*, la vinculación directa e inmediata del *dominus* frente a terceros surge de la misma ley, sin necesidad de ratificación del *dominus*: «A nuestro parecer, (la relación entre el *dominus* y el gestor que actúa en su nombre se puede construir) como un caso de representación sin poder, puesto que precisamente el gestor, dando vida al negocio representativo en nombre del mandante, derrama sobre la cabeza de éste los efectos del mismo también frente a los terceros. Pero aquí conviene precisar cómo puede verificarse tal fenómeno, cuando falta el encargo dado por el representado al representante (...) en el caso específico de la genuina gestión de negocios falta, sí, el poder (...) pero la falta de éste lo suple la ley, que, cuando el gestor haya actuado en nombre del administrado, constituye a aquél, en sustancia, en su representante frente a los terceros e imputa al *dominus* las consiguientes obligaciones» (G. DI SEMO, “Gestione di affari altrui...”, *ibidem*).

responsabilidad de éste queda, pues, en la esfera interna y su contenido consiste en dejar indemne al gestor por las obligaciones contraídas en su interés¹¹⁸⁴.

§. Frente a esta postura existe otra, hoy predominante, que concibe la representación más ampliamente y que propugna que su elemento definitorio es la gestión de un interés ajeno y no la producción –heteroeficaz– de sus efectos, lo que permite hablar de representación *indirecta* o *mediata*, en contraposición a la tradicional representación directa. Y, en esta línea, todavía se ha puesto de manifiesto que la distinción entre representación directa y representación indirecta en función de la existencia o no de la *contemplatio domini* y de la producción o no de efectos directos e inmediatos para el *dominus*, sufre una importante excepción en nuestro ordenamiento. Se trata de lo preceptuado en el artículo 1717.II CC, para el caso de que el objeto de la gestión sea un asunto objetivamente propio del *dominus*, en cuyo caso, según la doctrina mayoritaria, la falta de *contemplatio domini* no obsta a la producción de ciertos efectos directos e inmediatos para el administrado.

Esta tesis sobre la representación es la que mantiene desde hace años DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN en su conocida monografía sobre la representación¹¹⁸⁵ y, en gran medida, en ella se basa SÁNCHEZ JORDÁN en su estudio sobre la gestión de negocios ajenos¹¹⁸⁶, aunque uno y otra extraen diferentes consecuencias cuando se trata de aplicarlo a la gestión realizada *nomine proprio* por el gestor de negocios ajenos.

§. Para DÍEZ-PICAZO, la actuación del gestor *nomine alieno* es un supuesto de *falsus procurator*, pero que sólo tendrá efectos directos e inmediatos para el *dominus* si la misma es ratificada posteriormente por el *dominus*. En cambio, si el gestor hubiera actuado *nomine proprio*, dice este autor que, pese a que también aquí cabe la ratificación del *dominus*, sus efectos son distintos, porque circunscribe su virtualidad exclusivamente al ámbito de las relaciones internas entre *dominus* y gestor, en el sentido –se entiende– de hacer aplicables las normas del contrato de mandato entre ellos, sin afectar a las relaciones con los terceros, de donde cabe deducir que la eficacia de la gestión se limita a su validez y licitud, pero no a una producción de efectos directamente heteroeficaces para el *dominus*¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ G. DI SEMO, “Gestione di affari altrui...”, *loc. cit.*, p. 816. En el mismo sentido se pronuncia M. CASELLA (“Gestione di affari...”, *ibidem*), cuando afirma: «en el segundo caso [esto es, cuando el gestor actúa en su propio nombre], el gestor queda obligado frente a los terceros, pero el *dominus* debe tenerlo indemne de las consecuencias de tales obligaciones».

¹¹⁸⁵ L. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *La representación*, *cit.*, *cit.*, pp. 41 y 264 y ss.

¹¹⁸⁶ M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, *cit.*, pp. 598-600.

¹¹⁸⁷ Según este autor, «el negocio jurídico hecho en representación sin poder, por la vía de la representación indirecta, no plantea ningún problema de validez con el tercero. Podrá únicamente plantear un problema de responsabilidad del gestor cuando por el carácter ajeno de las cosas sobre las que hubiese dispuesto o por cualquier otra causa análoga, la ejecución del contrato resulte imposible» (L. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *La representación*, *cit.*, p. 216).

SÁNCHEZ JORDÁN, en cambio, lleva hasta sus últimas consecuencias la teoría de la representación indirecta heteroeficaz, de tal manera que¹¹⁸⁸:

- Cuando el gestor actúa *proprio nomine*, existe para esta autora vinculación directa e inmediata del *dominus* siempre que: 1º) el asunto gestionado sea objetivamente propio del *dominus* y no del gestor (ajeneidad *in re ipsa*) y 2º) o bien media la ratificación del *dominus*, o bien la gestión es objetivamente útil para éste, en el sentido ya indicado.
- Cuando el gestor actúa en nombre del *dominus*, para que éste resulte directamente vinculado con los terceros bastará, en la línea de la doctrina mayoritaria, cualquiera de las dos últimas circunstancias apuntadas, esto es, o la ratificación o la utilidad de la gestión, puesto que el requisito adicional de la ajeneidad objetiva del asunto viene en este caso suplida con la *contemplatio domini* que hace el gestor.

Por exclusión, hay gestión de negocios ajenos no representativa cuando el gestor actúa en su propio nombre en un asunto que no es objetivamente propio del *dominus*, pero éste lo ratifica o viene obligado a asumirlo por razón de la utilidad de la gestión. En cambio, no hay siquiera gestión de negocios ajenos cuando el pretendido gestor actúa en nombre del *dominus* sin obtener su ratificación posterior ni haber desenvuelto una actividad útil: estaremos entonces ante una injerencia de la que sólo resulta obligado su autor hacia los terceros¹¹⁸⁹.

§. De cuanto se acaba de ver sobre la figura de la gestión de negocios ajenos en el plano jurídico-material fácilmente se comprende su difícil traslación al proceso. Una cosa es contemplar la gestión de negocios ajenos como acto consumado y articular un sistema de liquidación de una situación de hecho, y otra bien distinta es trasladar una situación meramente fáctica al proceso civil para intentar hacer del gestor de negocios ajenos o bien un representante de la parte o bien un sujeto dotado de legitimación por sustitución.

2.2. INADMISIBILIDAD DE LA GESTIÓN REPRESENTATIVA SIN PODER EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

§. En nuestro proceso civil, de entrada, no está admitida la gestión representativa sin apoderamiento legal o voluntario, ni siquiera –al modo en que lo admiten muchas legislaciones iberoamericanas– de modo provisional o interino.

Ya hemos visto, al tratar la gestión voluntaria que desarrollan las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual¹¹⁹⁰ que cabe la gestión voluntaria de los derechos de otro en el proceso fundada en el contrato de gestión y en la misión legal y estatutaria de estas entidades; y también se observó entonces la dificultad de encuadrar esa gestión voluntaria en la figura

¹¹⁸⁸ M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos, cit.*, pp. 595-608, 610-619 y 628.

¹¹⁸⁹ M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos, cit.*, pp. 616-617.

¹¹⁹⁰ *Vid. supra* aptdo. 4.2. La modalidad voluntaria de la gestión colectiva.

de la representación en el proceso o en la de la legitimación extraordinaria. Lo que ahora se trata de subrayar es que no cabe –porque no lo permiten las normas sobre representación en el proceso– una representación directa carente *ab initio* de justificación legal o consensual. Dicho de otro modo: la representación en nuestro proceso civil, para ser tal y no invadir el terreno de la legitimación, ha de ser directa y heteroeficaz, para lo cual es necesario el poder de representación –ya legal, ya voluntario– y la *contemplatio domini*, aunque sea tácita (sin necesidad de fórmulas sacramentales).

§. A la representación en el proceso civil la LEC le dedica muy pocos artículos, pero de los que hay se deduce con toda claridad lo que decimos.

El artículo 264 LEC impone la carga de aportar ya desde el inicio del proceso, como documentos de carácter procesal, «el poder notarial conferido al procurador» cuando la representación no se otorgue *apud acta* (ordinal 1º), así como «los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya»¹¹⁹¹ (ordinal 2º). Se entiende –puesto que siempre ha sido así aunque el artículo 264 LEC no lo diga expresamente– que la falta de presentación de estos documentos constituye un defecto formal de carácter subsanable que impide la admisión de la demanda o de la contestación (artículo 404.2.2 LEC). Esto es claro en lo que se refiere a la postulación procesal y debiera serlo también para la representación legal o voluntaria de la parte; pero si esto último no se dedujera con suficiente claridad de los artículos 264 y 404 LEC, viene a despejar todas las dudas lo dispuesto en el artículo 416 LEC, que permite discutir y resolver como cuestión procesal «la falta de representación en sus diversas clases», esto es, no sólo su acreditación formal sino, más allá, su existencia, que es cuestión que ha de quedar resuelta en el proceso cuanto antes. Así, si la falta de representación afecta al demandante y no se subsanara en plazo o no fuera subsanable, el aptdo. 2 del artículo 416 LEC manda archivar anticipadamente el proceso mediante auto, mientras que si afecta al demandado procederá, en cambio, su declaración en rebeldía (aptdo. 3 del artículo 416 LEC).

De lege lata, pues, el proceso civil no admite que la *negotiorum gestio* constituya un título de representación. Aunque cabe imaginar que un representante subsane la falta de poder en el trámite de admisión de la demanda o de la contestación o incluso hasta el momento de la audiencia previa al juicio, esta posibilidad no autoriza a pensar que la LEC permite que la existencia del poder de representación *sobrevenga* en el curso del proceso, ni que, por esa vía, pueda tener entrada en el proceso la ratificación o *ratihabitio* del *dominus* de lo hecho en su nombre por quien emprende espontáneamente un proceso, ni siquiera aunque sea en defensa de lo ya gestionado en el plano material¹¹⁹².

¹¹⁹¹ El tenor de este precepto, que ya figuraba con este contenido en el proyecto de LEC, no impide observar, con DE LA OLIVA SANTOS, que «el litigante o la parte procesal, propiamente dicha, es el representado y no el representante» [“Artículo 264”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 491].

¹¹⁹² No se puede, en consecuencia, compartir la opinión favorable que NÚÑEZ LAGOS (*Comentarios al Código Civil Scaevola*, t. XXX, vol. 1º, Madrid, 1957, pp. 255 y 321-324)

2.3. FALTA DE PREEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA GESTIÓN OFICIOSA Y LA CONSECUENTE AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN DEL GESTOR

§. Debemos a la doctrina procesalista italiana, a partir de distintos pronunciamientos de la *Corte di Cassazione* italiana, el estudio de los problemas que plantea la gestión de negocios ajenos cuando se la intenta trasponer al proceso. Este estudio arranca en el año 1927 de un escrito de LIPARI¹¹⁹³ en el que quedó clara su postura contraria y, a partir de ese momento y a lo largo de la primera mitad del siglo XX, cuando todavía el tema de la legitimación en el proceso ocupaba un centro importante de los debates doctrinales, se fueron adhiriendo opiniones contrarias que aumentaron en muchos casos los argumentos sobre la inadmisibilidad de esta figura en el proceso civil¹¹⁹⁴.

El supuesto que ahora se examina es el del gestor que obra *nomine proprio* respecto de pretensiones deducidas como *objetivamente ajenas*, relativas al *dominus*, pues la variante a que daría lugar que el supuesto contrario convierte

mostró en su día, no a que el gestor se constituyera en tal mediante el proceso, pero sí a que que pudiera asumir en un proceso la representación del *dominus* para defender lo ya gestionado por él extrajudicialmente. La razón que arguye este autor de tener que ocuparse el gestor «de “todas las consecuencias del negocio” emprendido, haciendo todo lo que haría un buen padre de familia, esto es, tutelar y exigir los derechos del *dominus*» (*op. cit.* p. 323) no permite articular la actuación del gestor en el proceso, como este autor pretende, a través de la representación y cuyas normas procesales simplemente pretende obviar, como se desprende de su planteamiento: «el problema quedará reducido a la justificación de dicha representación» (*op. cit.* p. 322). En este sentido, el tener que apoderar procurador para actuar ante los tribunales no es problema para NÚÑEZ LAGOS: si se trata de un factor, otorgará el poder interviniendo por notoriedad, haciendo constar el notario en la escritura las circunstancias de esta notoriedad; si, en cambio, se trata de un gestor ordinario, la solución pasa por admitir la comparecencia del gestor, dado su carácter de hecho, haciendo constar que interviene en nombre y representación del *dominus*. Con este expediente –afirma NÚÑEZ LAGOS–, el notario evita negar su intervención y «desplaza su responsabilidad, por tal negativa, al Juez y a las mismas partes, que podrán plantear, si lo estiman necesario o conveniente, el problema de la falta de personalidad del gestor» (*op. cit.* p. 322).

Como se puede imaginar, la solución propugnada por este autor no es, en realidad, una solución, sino una aporía. No hace más que obviar las serias objeciones que plantea la falta de poder del gestor en el proceso y el problema, aunque tratado en sede de representación, sigue siendo exactamente el mismo: la falta de preexistencia de las circunstancias fácticas de las que dependerá la eficacia de lo hecho por el gestor para el *dominus*.

¹¹⁹³ F. G. LIPARI, “Gestione d'affari e rappresentanza processuale”, *loc. cit.*, pp. 498-519.

¹¹⁹⁴ La relación exhaustiva de todos los autores italianos contrarios a la admisibilidad de la gestión procesal de negocios ajenos es, a estas alturas, inabarcable, de manera que nos limitamos a citar a los procesalistas más relevantes: ALLORIO, “Gestione d'affari e processo”, *loc. cit.*, pp. 164-174 y “Mancata sottoscrizione, vizio di rappresentanza e ratifica nella citazione”, *loc. cit.*, pp. 169-182; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, p. 162, nota 72; A. SEGNI, “Gestione d'affari del fallito e processo”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939, II, pp. 97-109; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padua, 1943, p. 242; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, 6ª ed., Turín, 1964, p. 318; F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, n. 103; V. ANDRIOLI, “Articolo 77”, en *commento al cpc*, I, 3ª ed., Nápoles, 1961, p. 225 y también en *Diritto processuale civile*, parte I, 2ª ed., Nápoles, 1961, pp. 307-309; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, *cit.*, pp. 265-320; y A. MASSARI, “Gestione e ratifica nel processo”, en *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXI, 1959, pp. 121-124.

en imperceptible el asunto que nos ocupa –la eventual traslación al proceso de la figura de la gestión de negocios ajenos– para convertirse en un supuesto del todo ordinario de legitimación del sujeto y de falta de titularidad del derecho deducido¹¹⁹⁵.

§. Fácilmente se comprende que el Derecho procesal no permite lo que el Derecho sustantivo consiente. Mientras que en el plano material cabe el “ejercicio de los derechos de otros” ya por representación, ya por la utilidad del acto para su titular o por una eventual ratificación posterior, el proceso no es un ámbito en el que “se ejerciten” los derechos privados: no lo hace su propio titular, tanto menos podrá hacerlo otra persona por su sola voluntad. Las objeciones que cabe oponer a ese “ejercicio del derecho ajeno” por un gestor oficioso son graves e insalvables.

En primer lugar, fuera de los supuestos de representación que la LEC admita, es una ilusión creer que en el proceso se ejercitan los derechos de otro. La explicación por la que no existe en el proceso “ejercicio de los derechos” se verá en breve, con ocasión del examen de la acción subrogatoria, a cuyo lugar nos remitimos por los muchos equívocos que ha generado “el ejercicio de los derechos del deudor” por el acreedor¹¹⁹⁶.

En segundo lugar y relacionado con lo anterior, para actuar en el proceso como parte es preciso atenerse al artículo 10 LEC y, frente a él, las normas sobre gestión de negocios ajenos del CC no constituyen ni pueden constituir una norma habilitante expresa de legitimación del gestor, como requiere el artículo 10.II LEC. La tipicidad legal de las normas de legitimación extraordinaria implica, sobre todo, la preexistencia del supuesto de hecho contemplado en la norma habilitante para anudarle a continuación los efectos legitimadores de la norma en cuestión. Y esto no se produce en las normas del Código que regulan la gestión de negocios ajenos; antes al contrario, la aplicación de estas normas a un proceso civil está impedida por lo dispuesto en el artículo 10 LEC¹¹⁹⁷ y no hay motivos para propugnar lo contrario, pues el que el Derecho material discipline una situación *de facto* en beneficio, ante todo, de terceros y, después, del propio titular y del gestor, no tiene por qué tener necesariamente reflejo en el proceso.

En tercer lugar y más allá de la existencia de una norma habilitante, la cuestión estriba en que, para poder hablar propiamente de la gestión oficiosa como

¹¹⁹⁵ Así, C. MANDRIOLI, “Articolo 81. Sostituzione processuale”, en *Commentario al Codice di procedura civile*, dirg. Allorio, t. I, Turín, 1973, p. 928.

¹¹⁹⁶ *Vid. infra*, aptdo. ¡ERROR! NO SE ENCUENTRA EL ORIGEN DE LA REFERENCIA., pp. ¡Error! Marcador no definido. y ss.

¹¹⁹⁷ El carácter típico de los casos de legitimación extraordinaria, que en Italia está expresado en forma de prohibición («fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui» dice el artículo 81 *cpc*), implica la prohibición de sustitución procesal extralegal o voluntaria y supone también la prohibición de exportar al proceso la gestión de negocios ajenos (así, A. MASSARI, “Gestione e ratifica nel processo”, *loc. cit.*, p. 122; C. VOCINO, “Sul processo col preteso rappresentante”, *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1946, vol. XXII, t. I, p. 504; G. DI SEMO, “Gestione di affari altrui...”, *loc. cit.*, p. 824).

fundamento de una sustitución procesal o, si se prefiere, de una posición legitimante, es preciso resolver en sentido positivo el problema, de un lado, de configurar como un *derecho* –o como un *poder*– del gestor la injerencia en la esfera jurídica ajena y, de otro lado, de reconducir hacia el *dominus* los efectos de la actuación de gestor. Si esto –como se ha visto en las páginas anteriores–, es imposible en el proceso a través de las normas de representación, no puede ser de otro modo cuando el gestor obra *nomine proprio*, por cuanto la legitimación se asienta también en circunstancias preexistentes que no pueden sobrevenir en el curso del proceso¹¹⁹⁸.

Está muy lejos la LEC de admitir, por ejemplo, que quepa subsanar mediante la ratificación del titular una falta manifiesta de legitimación de quien en nombre propio ejercita el derecho declaradamente ajeno; e incluso, aunque lo admitiéramos a efectos meramente dialécticos, todavía cabría dudar de si permanecemos en el terreno de la legitimación en lugar de, como parece, habernos adentrado en el de la representación. El mecanismo de la ratificación no parece en absoluto compatible con el principio de *nihil innovetur* del artículo 413.1 LEC, que impide tener en cuenta innovaciones unilaterales y sobrevenidas en el estado «de las personas que hubiere dado origen a la demanda». *De lege ferenda*, además, no se advierten las ventajas de importar al proceso un mecanismo que a la postre permite al titular, hasta entonces ajeno al proceso, aceptar o no, *secundum eventum litis*, el proceso instado en su interés para estupefacción de la contraparte, a quien se le coloca ante una situación imprevisible y poco compatible con las reglas de un justo proceso.

Las mismas objeciones y aun otras más graves cabe oponer al supuesto de que la pretendida legitimación del gestor pudiera quedar justificada en la utilidad del proceso para el titular, porque entonces el concepto de legitimación queda privado de contenido. Si para deducir procesalmente los derechos de otro bastara con que el proceso fuera útil para el titular, quedaría seriamente comprometido el principio dispositivo y gravemente afectado el carácter privado de los derechos que se tutelan a través del proceso civil. El *utiliter coeptum* o *gestum* no puede ni debe, pues, constituirse en el mismo proceso para legitimar procesalmente al gestor. Si la falta de preexistencia del *utiliter* no impidiera esta legitimación, el mero altruismo se erigiría entonces en un título de legitimación. Y se opone a ello el artículo 10 LEC y, con él y sobre todo, los principios que gobiernan nuestro orden jurídico-económico privado¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁸ La posibilidad de remediar *ex post* el defecto de legitimación, dice MANDRIOLI, «significa nè più nè meno che mutare la titolarità dell'azione fatta valere, ossia mutare l'azione sotto il suo profilo soggettivo» (c. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., pp. 312-313).

¹¹⁹⁹ Para una mejor comprensión de lo que se dice en el texto, *vid.*, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. XXXX.

2.4. SEPARACIÓN ENTRE GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y SUSTITUCIÓN PROCESAL

§. A pesar del gusto de algunos autores por acercar la figura de la gestión de negocios ajenos a la sustitución procesal, existen importantes diferencias que separan al sustituto procesal del gestor oficioso.

En primer término, la falta de interés y el altruismo que guían la actuación espontánea del gestor oficioso dista mucho del interés propio y –si se quiere– egoísta del sustituto procesal, a quien la ley otorga legitimación justamente en atención a la presencia de un interés contrapuesto al del titular. El sustituto procesal no busca, pues, la defensa del interés del titular por razones de solidaridad o de cooperación, sino por tutelar mediatamente sus propios derechos e intereses a través del ejercicio inmediato de los derechos del titular.

Por eso, en segundo lugar, en la sustitución procesal resulta irrelevante que la falta de ejercicio de los derechos por su titular obedezca a situaciones justificadas en la *absentia domini* o imposibilidad del *dominus* de hacerse cargo de los asuntos propios por, p.e., enfermedad, ausencia, etc. Estas circunstancias pueden *de lege lata* interrumpir plazos y demorar términos en caso de fuerza mayor en el proceso (artículo 134.2 LEC), pero no legitimar la iniciativa de un tercero en el ejercicio de derechos declaradamente ajenos.

Y, en fin, en la sustitución procesal no cabe una *prohibitio domini* como la que sí opera, excluyendo la eficacia y la licitud de los actos del gestor, en la gestión oficiosa. Frente al titular sustituido un sustituto procesal se halla –más bien– en contraposición de intereses y cabe suponer que el sujeto sustituido, una vez iniciado el proceso por el sustituto procesal, puede intervenir en él litisconsorcialmente sin que ello suponga la salida del sustituto del proceso en curso ni una sucesión procesal.

§. En definitiva, y para cerrar estas líneas dedicadas a la gestión oficiosa, se ha de concluir que sin una norma legal que reconduzca a la representación interina la eventual iniciativa procesal de un gestor de negocios ajenos, conviene no asimilar la figura de la gestión de negocios ajenos a ninguna posición legitimante, como no sea la propia y ordinaria del gestor que –por lo demás– desdibuja por completo la ajenidad de su actividad.

3. El papel de los Colegios profesionales en las reclamaciones de honorarios

§. Entre los supuestos que merecen ser también excluidos del posible ámbito de la sustitución procesal y, con ello, de este estudio se encuentra el de los Colegios profesionales a los que el artículo quinto, letra p) de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 encomienda «*encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales, con carácter general o a petición de los interesados; en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio*».

§. En el pasado, cierta jurisprudencia contempló al Colegio profesional desde el terreno de la legitimación que, por añadidura, sería *por sustitución*, en cuanto se proyecta sobre derechos de cobro pertenecientes al profesional colegiado¹²⁰⁰.

El problema de partida de esta jurisprudencia se situaba, muy puntualmente, en el Decreto de 13 de junio de 1931 regulador de los Estatutos para el Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos, que preveía el establecimiento de un servicio de cobro de honorarios (artículo 3.g), a la vez que imponía a todos los arquitectos colegiados la obligación «*por intermedio de los Colegios, a hacer efectivos los honorarios que, según la tarifa vigente, les corresponda, deduciendo de éstos el tanto por ciento que deba aplicarse*» (artículo 8). La interpretación que el TS realizó sobre esta última obligación terminó por dar carta de naturaleza –en palabras de FERNÁNDEZ COSTALES– a «una “sustitución procesal de carácter legal”, en virtud de la cual son los Colegios Oficiales de Arquitectos los que están legitimados para la reclamación por los colegiados de los honorarios por estos devengados»¹²⁰¹. Son ilustrativas de esta postura, que generaba no pocos problemas jurídico-procesales, las dos SSTs (Sala 1ª) de fecha [18 de noviembre de 1990 \(STS 10738/1990\)](#) y [\(STS 8333/1990\)](#)¹²⁰².

Se entiende así que, en el terreno procesal, autores como CORDÓN MORENO¹²⁰³, MORÓN PALOMINO¹²⁰⁴, FERNÁNDEZ, RIFÁ SOLER y

¹²⁰⁰ Todavía hoy, por ejemplo, el artículo 20.A) 6 de los Estatutos del Colegio de Economistas de Madrid [disponible v.e. en <http://www.colegioeconomistasmadrid.com>] recoge dentro de sus competencias en relación a los colegiados la de «asumir la gestión de cobro de honorarios profesionales adeudados a los colegiados, pudiendo *asumir por sustitución procesal su representación*, en las condiciones establecidas en los presupuestos anuales del Colegio» (las cursivas son mías). Pueden verse otros ejemplos en MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 351-352.

¹²⁰¹ J. FERNÁNDEZ COSTALES, “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 20 de abril de 1989”, en *La Ley*, 1989, núm. 3, p. 313. Esta sentencia, que trataba las consecuencias en el proceso del Colegio profesional de un contrato de transacción alcanzado entre el colegiado y el deudor, ha sido también objeto de comentario por I. TAPIA FERNÁNDEZ, “Transacción y cosa juzgada. Legitimación de los Colegios Profesionales”, *Revista General de Derecho*, núm. 544-545, enero-febrero, 1990, pp. 57-58.

¹²⁰² Uno de estos problemas, el de considerar que la falta de legitimación activa del Colegio conducía a un sentencia absolutoria en la instancia, sin entrar en el fondo; otro, el de los límites de admisibilidad de la reconvencción del demandado frente al colegio profesional, en razón de sus facultades limitadas al cobro de los honorarios debidos [vid. [SAP \(Secc. 25ª\) núm. 300/2004, de 18 de mayo de 2004 \(rec. 82/2003\)](#)].

¹²⁰³ F. CORDÓN MORENO, “Ejercitada demanda, por sustitución, por un Colegio de Arquitectos, ¿cabe reconvenir frente al arquitecto sustituido?”, en *Proceso civil de declaración*, Pamplona, 1996, pp. 214-216; posteriormente en su trabajo “*De nuevo sobre la legitimación*” (*Revista de Derecho Procesal*, 1997, I, pp. 78-80) lo trata como un supuesto de legitimación directa del Colegio profesional.

¹²⁰⁴ M. MORÓN PALOMINO, “Atribución de la pretensión procesal: teoría de la legitimación”, en *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*, Madrid, 1993, pp. 213-233.

VALLS GOMBAU¹²⁰⁵ o MORENO CATENA¹²⁰⁶ también creyeran ver en el Colegio profesional un sustituto procesal del colegiado.

§. La Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, puso fin a la obligación de los colegiados de canalizar el cobro de sus honorarios a través del respectivo colegio, que, en realidad, actuaba más como un *representante* que como la parte legitimada. La explicación –tanto jurisprudencial como doctrinal– que recibe ahora este supuesto se ha sustraído de la legitimación y se ha incardinado, más correctamente, en el campo de la representación. Así ha tenido ocasión de indicarlo el Tribunal Supremo en su [STS \(Sala 1ª\) núm. 827/2005 de 24 de octubre \(rec. 453/1999\)](#):

«La figura jurídica de semejante actuación de algunos Colegios Profesionales, merecedora de numerosas disquisiciones doctrinales, que han dado ocasión a construcciones diversas (legitimación por sustitución, legitimación extraordinaria, desplazamiento de la legitimación, legitimación representativa) *no puede separarse del concepto de representación, sea institucional, corporativa, o estatutaria*, que además, como en el caso ocurre, resulta voluntaria, pues existe un poder al efecto conferido por el Arquitecto en favor del Colegio, y, por ello, no cabe su escisión de las relaciones jurídicas sustanciales que vinculan al representado, ni, por ello, en supuestos litigiosos, de la carga de soportar, en toda su extensión el ejercicio de los derechos procesales inherentes al demandado, que, obviamente, puede reconvenir y excepcionar, tal cual si fuera demandado por el representado. En este sentido, no es posible objetar incongruencia a la sentencia que condena, "en base a la demanda reconventional" al Sr. Julián, "representado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid" a que abone a la parte apelante una determinada cantidad».

Nos encontramos, pues, ante un supuesto de *representación* del Colegio profesional, tal y como señala MONTERO AROCA¹²⁰⁷. Representación que, tras la liberalización de los servicios profesionales a raíz de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y su trasposición al ordenamiento interno en el año 2009, no puede ser más que *voluntaria*, sin perjuicio de que se la tilde también de *institucional*¹²⁰⁸.

¹²⁰⁵ M. Á. FERNÁNDEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, t. II, Madrid, 1995, p. 223.

¹²⁰⁶ V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. GIMENO SENDRA), 2ª ed., 1997, Pp. 104-105

¹²⁰⁷ J MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 352-353. Para JUAN SÁNCHEZ (*La legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 356-357) también hay representación del colegiado, cuya *contemplatio domini* debe constar de una forma u otra en la propia demanda. En cambio, CABAÑAS GARCÍA –de cuya opinión disintimos– persiste en tratarlo como un supuesto de legitimación del Colegio profesional al que «la ley confía el derecho de acción en propio nombre, constituyen en *parte* del proceso, y no un representante» (*La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 127-131). Las fundadas críticas a esta visión pueden verse en R. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil*, *ibídem*.

¹²⁰⁸ Calificación que está bien merecida en razón a que, sin perder su carácter voluntario, los servicios colegiales de recobro los prestan corporaciones de Derecho público que tienen por misión la defensa de la profesión y de sus miembros.

4. La legitimación de las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual

§. En un estadio de defensa de intereses colectivos se sitúan las entidades de gestión de la propiedad intelectual, estudiada con especial atención desde el terreno procesal por MONTERO AROCA¹²⁰⁹. La lectura de sus explicaciones sobre la configuración legal de los derechos patrimoniales de autor y el tipo de gestión que desarrollan estas asociaciones sin ánimo de lucro nos llevan a concluir que no estamos ante una legitimación de la entidad de gestión *por sustitución* de los titulares de los derechos intelectuales.

Valga recordar, antes de entrar en materia, que *autor* y *titular* no son sinónimos en la LPI. Es *autor* –artículo 5.1 LPI– el creador de la obra, mientras que el *titular* es la persona natural o jurídica a la que se atribuyen los derechos en ciertos casos (artículo 5.2 LPI), por ejemplo, respecto de obras creadas por autor asalariado; también quedan incluidos en la noción de *titular* los artistas intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y de obras audiovisuales y las entidades de radiodifusión (Libro II LPI).

Los derechos patrimoniales, también llamados *de explotación*, que la LPI reconoce a los titulares son:

1º) *Derechos de reproducción*, consistentes en «la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias» (artículo 18 LPI).

2º) *Derechos de distribución*, consistente en «la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma» (artículo 19 LPI).

3º) *Derechos de remuneración por comunicación pública*, a los que más adelante nos referiremos, que generan para el titular un beneficio económico procedente del hecho de que «una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas» (artículo 20 LPI).

4º) *Derechos de transformación de la obra*, consistente en su «su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente» (artículo 21 LPI).

Estos derechos patrimoniales, a su vez, pueden subdividirse en derechos exclusivos y derechos de remuneración. Son *exclusivos* los derechos que pueden ser autorizados o prohibidos por el titular, mientras que *los de*

¹²⁰⁹ Vid. J. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997, y “La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual”, en *Poder Judicial*, núm. 45, 1997, pp. 241-290; pero sobre todo, más recientemente, su obra *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 329 y 452-478. En la misma línea, pueden consultarse P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, “Propiedad intelectual. Naturaleza y requisitos de la actuación procesal de la SGAE: la proverbial confusión jurisprudencial (pen)última palabra”, en *Tribunales de Justicia*, 2000/10, pp. 1117-1123; y A. ARMENGOT VILAPLANA, “La actuación procesal de la SGAE para la efectividad del porcentaje por taquilla (artículo 90.3 de la LPI). Una reflexión sobre la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de octubre de 1991”, en *Actualidad Civil*, núm. 12, 17 al 23 de marzo de 2003, pp. 291-310.

remuneración no otorgan esta facultad, sino sólo la de ser retribuido por la distribución o la comunicación pública de la obra, como después se verá.

§. A la vista de la gestión colectiva forzosa que desarrollan estas entidades, MONTERO AROCA considera que no hay sustitución procesal del titular del derecho por la entidad de gestión y sí, en cambio, un caso de legitimación extraordinaria de la entidad para la defensa de intereses de ejercicio *necesariamente colectivos* en la que los titulares de los derechos de autor –sean socios o no de la entidad– aparecen *privados* de legitimación o expropiados de su ejercicio¹²¹⁰. Y, en la misma línea de negar la existencia de legitimación por sustitución, hay que adscribir a JUAN SÁNCHEZ¹²¹¹, así como a CORDÓN MORENO, para quien estamos ante un supuesto de legitimación *directa* de la propia entidad de gestión^{1212 1213}.

También podría pensarse que la entidad de gestión, respecto de esos derechos que gestiona colectivamente por ministerio de la ley, actúa como un sujeto dotado de una de esas *legitimaciones representativas* a las que se refiere DE LA OLIVA SANTOS en materia de tutela supraindividual de derechos e intereses de consumidores y usuarios sólo que en el terreno de la propiedad intelectual¹²¹⁴. No obstante, una notable característica distingue a las entidades de gestión: aunque formalmente constituyen una asociación representativa (y esto las acerca a las asociaciones de consumidores y usuarios dotadas de legitimación representativa, sujetas a registro y control administrativos¹²¹⁵), no son una asociación al uso, porque su ámbito es necesariamente nacional –no cabe, al menos, en España que se constituyan en un ámbito territorial inferior– y, sobre todo, les está dada por ministerio de la ley la gestión *material* –no sólo procesal– de ciertos derechos en forma colectiva, con control e intervención administrativos. Si, reduciendo esto al puro y exclusivo aspecto procesal, se la prefiere llamar *legitimación extraordinaria* o *legitimación indirecta* o *legitimación representativa*, llámesela así. Pero –con el *nomen iuris* que sea– conviene alejar a estas entidades de la figura de la sustitución procesal.

¹²¹⁰ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 468 y 478, donde el autor apunta, dirigiendo sus fundadas críticas al artículo 150 LPI, que «no se ha acabado de asumir que se trata de una privación de gestión y legitimación que seguimos llamando colectiva porque ese es el término usado entre la doctrina, si no procesal, [sino] la especializada en esa “propiedad”».

¹²¹¹ R. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 365-372.

¹²¹² F. CORDÓN MORENO, (“De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 78-80),

¹²¹³ Por su parte, CABAÑAS GARCÍA, con ocasión de su estudio monográfico sobre la legitimación indirecta, califica así –de *indirecta*– la legitimación de las entidades de gestión respecto de derechos de gestión colectiva y no duda en afirmar que obedece a la «inactividad (forzosa) del titular material».

¹²¹⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal civil*, cit., pp. 446.

¹²¹⁵ En el caso de las entidades de gestión la autorización procede del Ministerio de Cultura y su otorgamiento se publica en el BOE (artículo 147 LPI); en el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios, han de inscribirse en el “Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios” que gestiona Instituto Nacional del Consumo (artículo 33 LGDCU) y, adicionalmente, para ser consideradas representativas a efectos de legitimación, deben formar parte del “Consejo de Consumidores y Usuarios”, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma (artículo 24.2 LGDCU).

No hay sustitución procesal ni en esta gestión forzosa –de la que pasamos a ocuparnos–, ni en el resto de supuestos que hipotéticamente cupiera relacionar con aquélla (la gestión voluntaria y la cesión de derechos por transmisión *inter vivos*).

4.1. LA POSICIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE GESTIÓN COLECTIVA FORZOSA

§. La existencia de una norma –reproducida a continuación– como la del artículo 150 LPI, que lleva por título *legitimación*, no presupone la existencia de una sustitución procesal. En realidad, cabe dudar de que se trate de una legitimación de tipo extraordinario: el calificativo “extraordinario” es más predicable del entero régimen jurídico–sustantivo de gestión de este tipo de derechos necesariamente colectivizados, que de la clase misma de legitimación de las entidades de gestión.

«Artículo 150. Legitimación. Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente».

§. Este artículo 150 LPI, de por sí bastante confuso, se aplica sólo en los procesos en los que la entidad haya de intervenir en razón de la *gestión colectiva ex lege de ciertos derechos intelectuales de contenido patrimonial*¹²¹⁶. En estos supuestos no importa si existe o no relación asociativa o contractual entre la entidad de gestión y el titular del derecho que es objeto de esa gestión colectiva necesaria: *todos* los titulares, *indiferenciadamente*, quedan sometidos a un régimen de gestión colectiva que, más que obedecer –como se suele presentar– a la defensa colectiva de los titulares en su conjunto, obedece a *razones jurídico–económicas*: las de facilitar el tráfico de estos derechos con los usuarios y, sobre todo, con otros agentes del mercado para promover la cultura y la transmisión de conocimientos. Esta función convierte, *de iure* y *de facto*, a cada una de las entidades de gestión en un operador más del mercado de los derechos.

¹²¹⁶ En el mismo sentido, J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 463-478; R. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 366-367; A. ARMENGOT VILAPLANA, “La actuación procesal de la SGAE...”, loc. cit., p. 306; y P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, “Propiedad intelectual. Naturaleza y requisitos...”, loc. cit., pp. 121-122.

De hecho, en el [anteproyecto de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre](#), en concreto en su artículo once, se tomaba buena nota de las críticas procesales vertidas sobre esta norma y se eliminaba –por innecesario en la gestión forzosa y perturbador en la gestión voluntaria– su párrafo final, pero esta desaparición fue objeto de críticas en el [informe del CGPJ de fecha 25 de julio de 2013](#) (pp. 39-46) y el artículo 150 LPI quedó finalmente fuera de esta última reforma parcial de la LPI.

Es *gestión* y es *colectiva* porque la entidad administra en masa, conforme a lo dispuesto a la ley y en sus estatutos, la actividad de otorgamiento de licencias y la administración de los derechos de remuneración y de participación –y algún otro– de los que son beneficiarios todos los titulares –socios o no– de los derechos comprendidos en su ámbito. Pero lo que predomina es que esta gestión es obligatoria o, mejor dicho, *forzosa*, porque por ministerio de la ley se impone al titular individual la *sujeción* a la actividad gestora que desarrolla la entidad colectiva en todo el ámbito nacional.

Para la ley existe formalmente una titularidad individual del derecho gestionado y, aunque escaso, no creemos que pueda llegar hablarse de un espejismo. MONTERO AROCA señala como motivos certeros para negar la existencia de un derecho subjetivo por parte del titular que: 1º) el ejercicio del contenido económico del derecho que consiente reclamarlo no lo retiene el individuo, que tampoco decide las condiciones de su ejercicio; y, sobre todo, que 2º) no puede excluir el ejercicio que de él haga una entidad administradora de esa categoría de derechos¹²¹⁷. Sin embargo, el último inciso del artículo 150 LPI permite vislumbrar un cierto margen de autogestión por el titular del derecho cuando, al contemplar los motivos de oposición del demandado, se le permite oponer el haber obtenido «autorización del titular del derecho exclusivo».

Este posible margen –en mi opinión, existente– para la autogestión de los derechos sometidos a gestión forzosa plantea el problema de la licitud o ilicitud de la comunicación pública en establecimientos de recreo de la llamada *música libre*, esto es, de piezas musicales cuyos autores autorizan su comunicación pública mediante licencias *Creative Commons* por las que el autor renuncia al cobro de remuneración por la comunicación pública de su trabajo creativo. *De lege lata* es verdad que los derechos que estamos tratando –los de comunicación pública– no tienen carácter de exclusivos; también lo es que no cabe que el titular renuncie al derecho de remuneración equitativa por comunicación pública que en España está configurado como irrenunciable (artículo 25.2 LPI). Y, en fin, la circunstancia de la autorización del titular sólo constituye procesalmente una excepción material basada en un hecho excluyente, y no la concesión de un verdadero poder jurídico a favor del autor que el ordenamiento reconozca como decisivo para autodeterminar su esfera jurídica frente a la entidad de gestión. Sin embargo, aunque esta cuestión no ha sido abordada por nuestros tribunales,¹²¹⁸ el margen existe y la doctrina no lo debe descuidar¹²¹⁹.

¹²¹⁷ MONTERO AROCA (*De la legitimación..., cit.*, pp. 456, 461 y 464 nota 677) duda de que sean verdaderos derechos subjetivos los que se reconocen a los autores, porque no son exclusivos ni discrecionales, ni pueden ejercitarse de modo individual.

¹²¹⁸ Los casos que hemos encontrado en los que el demandante opuso a la entidad gestora el uso de uso de música libre y gratuita son dos, pero en ningún de ellos se entró a resolver la licitud o no de la *música libre*. En el caso examinado en la [SAP Madrid \(Secc. 28ª\) de 5 de julio de 2007, rec. 622/2006](#) se confirmó la desestimación de la demanda de la SGAE a causa de no haber probado la actora –la SGAE– que la música exótica y alternativa empleada en el local –extremo sí acreditado– procedía de autores de su repertorio. De otro signo es la [SAP Valencia \(Secc. 9ª\) de 6 de marzo de 2013, rec. 863/2012](#) en la que se estimó la demanda presentada por tres entidades de gestión (la SGAE, por los autores y editores; AGEDI, por los productores de

§. En cualquier caso, en estos supuestos sometidos forzosamente a la gestión colectiva de la entidad no se puede hablar propiamente de un *sujeto sustituido*: la entidad de gestión –cada una de las que gestionen colectivamente la categoría de los derechos en cuestión– se comporta como un *dominus* respecto del ejercicio de estos derechos hasta el punto de que sólo estas entidades ostentan legitimación. Por esta razón, en los procesos civiles relativos a esta clase de derechos su legitimación debería considerarse de tipo ordinario, puesto que, con la aportación de estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa (artículo 150 LPI), se presentan «como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso» en los términos del artículo 10.I LEC.

§. Los derechos de la propiedad intelectual que –estén o no asociados a una entidad sus titulares– se encuentran sometidos al régimen legal de administración colectiva forzosa que impone la LPI hay que ir detectándolos a lo largo del farragoso articulado de la LPI (mediante el empleo de términos tales como “el derecho X se ejercerá exclusivamente a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual”). Los derechos gestionados así pertenecen a tres categorías que pasamos a ver.

4.1.1. La gestión colectiva forzosa de los derechos de remuneración y de participación del titular

§. En primer término, entran en la gestión colectiva de estas entidades los llamados *derechos de remuneración y participación*, caracterizados por que el titular individual carece de la facultad de excluir el uso que se haga de la obra, pero, puesto que cada acto de uso es un acto de explotación, se le reconoce beneficiario de una remuneración o retribución económica por ello, que gestionan de forma colectiva las entidades de gestión autorizadas para operar en la categoría de derechos de que se trate¹²²⁰. Esta clase de derechos remuneratorios son los siguientes:

El derecho de compensación equitativa por copia privada (artículo 25 LPI) de autores, editores de libros y comunicaciones asimiladas, de productores de fonogramas y videogramas, y de artistas intérpretes o ejecutantes. En el caso de autores y de artistas intérpretes o ejecutantes se trata de un derecho irrenunciable. Este derecho de compensación equitativa constituye, por

fonogramas; y la AIE, por los ejecutantes), por no acreditar el demandado el repertorio de canciones reproducidas por el período que era objeto de reclamación ni que las aportadas al proceso fueran de comunicación pública gratuita.

¹²¹⁹ El asunto es poliédrico por el tipo de intereses que se enfrentan. De un lado, los propios interés económicos y jurídicos de los operadores del mercado de estos derechos, incluídas las mismas sociedades de gestión; de otro, el que deba considerarse digno de protección –que, racionalmente, alguno debe tener– a favor del creador de la obra y de los límites de su voluntad para decidir las modalidades de su explotación obra. El riesgo que existe si la doctrina no presta atención a esta excepción –que es expresión del *ius excludendi* que acompaña tradicionalmente a la propiedad– es que se termine implantando un sistema desequilibrado e injusto en favor de los operadores del mercado, a costa de los creadores.

¹²²⁰ Quedan fuera de este régimen de gestión colectiva forzosa –lo dice el aptdo. 3 del artículo 157 LPI– los derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima y aquellos otros que requieran la autorización individualizada de su titular.

exigencias de la Directiva 2001/29/CE, una excepción al derecho exclusivo de reproducción de los titulares y, desde la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, el pago –que es liquidado por las entidades de gestión en función del perjuicio causado a los beneficiarios– se ha vuelto a instaurar con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (aptdo. 3 del artículo 25 LPI)¹²²¹, aunque una parte de las cantidades recaudadas por este concepto por las entidades de gestión, en la cuantía que determine el Gobierno, pueden ser dedicadas por la entidad a actividades de carácter asistencial para sus miembros y a actividades de formación de autores, artistas, intérpretes y ejecutantes (artículo 155.2 LPI).

El derecho de compensación equitativa por comunicación pública de fragmentos de contenidos informativos llevada a cabo por prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, a favor de autores y editores (artículo 32.2 LPI).

El derecho de remuneración equitativa por reproducción, distribución y comunicación pública parcial de obras impresas o imprimibles con fines docentes, a favor de autores y editores (artículo 32.4 LPI). La obligación de pago recae en este caso en los centros universitarios y organismos de investigación, salvo que sean los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

El derecho de remuneración equitativa por reproducción, préstamo y consulta de obras en determinados establecimientos culturales (museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos científicos; artículo 37.2 y 3 LPI).

El derecho de remuneración equitativa por distribución mediante alquiler, a favor de directores, guionistas, compositores, intérpretes y ejecutantes de obras audiovisuales y fonográficas (90.2, 109.3.2º LPI).

El derecho de participación por comunicación pública mediante proyección en lugares públicos que exijan pago de entrada, a favor de directores, guionistas y compositores de obras audiovisuales (artículo 90.3 LPI). Este derecho se concreta en un beneficio porcentual de los ingresos procedentes de la proyección que los empresarios de las salas deben poner a disposición de las entidades.

El derecho de remuneración equitativa por comunicación pública de fonogramas (incluida la puesta a disposición interactiva), a favor de artistas intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas (artículo 90.4 y 7, 108.3, 4 y 6, y 116.2 y 3 LPI); los usuarios interactivos del fonograma están excepcionados de pagar este derecho a los productores, pero no a los autores. El aptdo. 3 del artículo 116 LPI dispone expresamente que la gestión «comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad» del derecho de remuneración.

¹²²¹ Frente a esta reinstauración del pago de la compensación por copia privada con cargo da los Presupuestos Generales del Estado, que ya dio problemas en el pasado (*vid.* STJUE de 21 de octubre de 2010, caso *Padawan*), se encuentra pendiente recurso de inconstitucionalidad núm. 681/2015 ([BOE núm. 58, de 9 de marzo de 2015](#)), por vulneración del derecho a la propiedad privada (artículo 33 CE) y del principio de capacidad económica en el sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31 CE); el recurso también cuestiona la constitucionalidad de la “ventanilla única” que instaura la ley –la veremos más adelante–, por vulneración del derecho de libre asociación (artículo 22 CE).

El derecho de remuneración equitativa por comunicación pública de obras audiovisuales (incluida la puesta a disposición interactiva), a favor de directores, guionistas, compositores, artistas intérpretes y ejecutantes (artículos 90.4 y 7, 108.5.II y 6, y 122 LPI).

El derecho de remuneración equitativa de los productores de grabaciones audiovisuales por comunicación pública emisión, transmisión o retransmisión de obras audiovisuales en lugares accesibles al público (artículo 108.5.I y 6, y 122.2 LPI).

El derecho de remuneración anual adicional de artistas intérpretes y ejecutantes frente al productor de fonogramas que lleven más de cincuenta años en el mercado (artículo 110 bis.2 LPI).

El argumento principal que se esgrime para justificar la instauración de un régimen de gestión colectiva sobre estos derechos radica en la mejor protección del derecho de los autores, que no están en condiciones de asumir la gestión masiva de autorizaciones de uso a tercero y la obtención de beneficios económicos por ello. Este es un argumento perfectamente válido para entender las ventajas de una gestión colectiva de carácter voluntario, basada en la suscripción de un contrato de gestión entre el titular y la entidad, pero no lo es para someterlos forzosamente a esa gestión colectiva. La *ratio* de la gestión colectiva forzosa es otra, radicada en concentrar su gestión en unos pocos operadores para facilitar el intercambio jurídico–económico de estos derechos y que puedan incorporarse lícitamente a los mercados sin trabas por parte de los titulares individuales, a fin de promover la cultura.

§. A cambio del otorgamiento de las autorizaciones no exclusivas, la entidad debe liquidar y pagar a los autores –todos– la remuneración de la que son beneficiarios. Éste sí es un verdadero derecho subjetivo de los titulares, pero lo ostentan –como se ve– frente a la entidad de gestión, no frente a los usuarios no provistos de la correspondiente autorización de comunicación pública. Frente a éstos los únicos sujetos legitimados para reclamar el correspondiente pago son las entidades de gestión autorizadas para operar en la categoría de derechos de que se trate.

§. En el ámbito de la relación legal que se instaura entre entidad de gestión y titular del derecho intelectual que es gestionado forzosamente, merece ser destacado el gran avance de transparencia que ha supuesto la [Ley 21/2014, de 4 de noviembre](#), por la que se modifica la LPI, que ha generalizado la obligación de practicar liquidaciones y de pagar las remuneraciones procedentes de la utilización de sus obras a todos los autores, así a los asociados (artículo 157.1.h LPI), como «*a los titulares de derechos no miembros de la entidad de gestión que administre la misma categoría de derechos que pertenezca al titular en lo relativo a los derechos de gestión colectiva obligatoria*» (artículo 157.1.i LPI).

El artículo 154 LPI regula –como expresa su rúbrica– el «reparto, pago y prescripción de derechos» e impone el deber de efectuar el reparto y el pago de los derechos diligentemente. Este derecho –en realidad, el artículo 154.3 LPI habla de «acción para reclamar a las entidades de gestión el pago de cantidades asignadas en el reparto a un titular»– queda sometido a un plazo de prescripción de cinco años, que comienza a correr el 1 de enero del año siguiente al de la recaudación (en el caso de derechos procedentes de obras de autoría

desconocida) o al de puesta a disposición del titular de las cantidades que le correspondan. Para no vaciar este derecho de contenido, la ley impone simultáneamente la obligación de la entidad de *«adoptar las medidas necesarias para identificar y localizar a los titulares de derechos. En particular, estas medidas incluirán: a) La verificación de datos de registro actualizado de los miembros de la entidad, así como de registros normalizados de obras y prestaciones protegidas, y de otros registros fácilmente disponibles. b) La puesta a disposición de los miembros, de otras entidades de gestión y del público de un listado de obras y prestaciones cuyos titulares de derechos no hayan sido identificados o localizados, conjuntamente con cualquier otra información pertinente disponible que pueda contribuir a identificar o localizar al titular del derecho»* (artículo 154.4.II LPI)¹²²².

4.1.2. La gestión colectiva del “derecho” de autorización y de comunicación pública por cable

§. Mención aparte merece, en segundo término, la comunicación pública por cable y el papel que están llamadas a desempeñar las entidades de gestión en su régimen de autorización y de gestión colectiva forzosa. La singularidad de esta materia, abordada en los artículos 22.4 y 157.4 LPI, reside en que la gestión colectiva forzosa de las entidades se extiende no sólo al otorgamiento de las múltiples licencias de comunicación pública por cable de la obra, que entraría en lo normal, sino, antes, al propio derecho –que, en principio, correspondería ejercer exclusivamente al titular– consistente en autorizar –o no, cabría imaginar– la propia comunicación pública por cable, del que, por tanto, aparece expropiado el titular de los derechos.

Enuncia, en efecto, el artículo 22.4.a) LPI que la retransmisión por cable en territorio español de programas procedentes de otros Estados UE se realiza mediante las empresas de retransmisión –usuarias del derecho de comunicación pública que incorporan a su actividad comercial– a partir de los *acuerdos, individuales o colectivos*, a que llegue con los *titulares de los derechos*. Hasta aquí cabe suponer que los titulares de derechos intelectuales *disponen* del derecho de autorizar –o de prohibir– la retransmisión por cable de sus obras. Sin embargo, no es así.

Para excluir precisamente toda resistencia u oposición de los titulares individuales a autorizar la comunicación por cable de sus derechos, su ejercicio está dado en exclusiva, por el aptdo. 4 del artículo 22 LPI –y lo repiten los artículos 108.1.b.III para artistas intérpretes o ejecutantes, 116.1.II para los productores de fonogramas, 122.1.II para los productores de grabaciones

¹²²² Finalmente, en evitación de polémicas como las que han tenido lugar en un pasado reciente, la Ley 21/2014 también ha dispuesto el destino que ha de darse a las cantidades recaudadas que no hayan sido objeto de reclamación tempestiva; estas cantidades deben destinarse a las entidades de gestión –en la proporción que estime oportuna su asamblea general– a actividades asistenciales a favor de sus miembros, a actividades de promoción de la oferta digital legal de sus obras protegidas, al acrecimiento en el reparto a favor de titulares de obras identificadas y a la financiación de –otra gran novedad legal– una ventanilla única de facturación y pago.

audiovisuales y 126.1.e.II LPI para las entidades de radiodifusión–, a las entidades de gestión que administren la categoría de derechos en cuestión. El aptdo. 4.b) del artículo 22 LPI –que es fruto de la transposición de la Directiva 93/83/CEE, sobre sociedad de la información– es terminantemente claro:

«El derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual».

En esta gestión colectiva forzosa de las entidades respecto del *derecho de autorización* de la comunicación por cable están comprendidos, de entrada, los titulares que tengan voluntariamente encomendada la gestión de sus derechos a una entidad, dado que en la autorización que confiera el autor para emitir una obra se encuentra incluida –*ex* artículos 22.4.d y 36.I LPI– la autorización de la transmisión por cable¹²²³. Pero también están comprendidos en esta actividad de autorización forzosa por parte de las entidades de gestión los titulares que no hayan encomendado voluntariamente la gestión de sus derechos a ninguna de ellas: la gestión colectiva obligatoria se les impone *ex lege* en virtud de lo dispuesto en el aptdo. 4.c del artículo 22 LPI:

«c) En el caso de titulares que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, los mismos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría.

Cuando existiere más de una entidad de gestión de los derechos de la referida categoría, sus titulares podrán encomendar la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades.

Los titulares a que se refiere este párrafo c) gozarán de los derechos y quedarán sujetos a las obligaciones derivadas del acuerdo celebrado entre la empresa de retransmisión por cable y la entidad en la que se considere hayan delegado la gestión de sus derechos, en igualdad de condiciones con los titulares de derechos que hayan encomendado la gestión de los mismos a tal entidad. Asimismo, podrán reclamar a la entidad de gestión a la que se refieren los párrafos anteriores de este párrafo c), sus derechos dentro de los tres años contados a partir de la fecha en que se retransmitió por cable la obra protegida».

Este régimen de autorización colectiva sobre la comunicación por cable convierte, pues, a las entidades respectivas en los únicos agentes autorizados a

¹²²³ El artículo 22.4.d LPI dispone que “cuando el titular de derechos autorice la emisión, radiodifusión vía satélite o transmisión inicial en territorio español de una obra protegida, *se presumirá que consiente en no ejercitar, a título individual, sus derechos para, en su caso, la retransmisión por cable de la misma, sino a ejercitarlos con arreglo a lo dispuesto en este apartado 4*”. Aunque la ley habla de presunción, la realidad es que el aptdo. 4 de ese mismo artículo 22 LPI niega, como hemos visto, toda posibilidad de que exista ejercicio a título individual del derecho de autorización de la comunicación por cable.

Por su parte, el artículo 36.1 LPI establece que “la autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión, cuanto ésta se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en dicha autorización”.

operar frente a las empresas de distribución de cable. Esto les permite negociar como *dominus* las condiciones contractuales de la retransmisión (artículo 157.1.a LPI) y, de no lograrse un acuerdo, pueden acudir entidades de gestión y empresas de distribución de cable –pero no los titulares individuales, se entiende– a los procedimientos de mediación y de arbitraje de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (artículos 158 y 158 *bis* LPI), sin perjuicio de que la resistencia a contratar pueda sancionarse como actividad anticompetitiva de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

4.1.3. La gestión colectiva del repertorio de la entidad

§. En tercer término, también corresponde a las entidades de gestión la administración del llamado *repertorio*, esto es, el conjunto universal de las obras gestionadas voluntaria y forzosamente por la entidad, respecto del cual la entidad de gestión concede autorizaciones de uso genéricas y no exclusivas (artículo 50.2 LPI).

La LPI –tras su reforma mediante la Ley 21/2014– define ahora el repertorio como «*las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión colectiva*» (artículo 157.1.b.3º LPI) e impone a las entidades de gestión un régimen legal sobre el otorgamiento de estas autorizaciones genéricas o de repertorio (artículo 157 LPI), así como sobre el reparto de las cantidades obtenidas (artículo 154 LPI), ya mencionado.

§. La gestión colectiva del repertorio de la entidad se asienta en la *obligación* de la entidad de otorgar autorizaciones no exclusivas de su repertorio, bajo remuneración de la que serán beneficiarios finales los titulares individuales de los derechos; esta obligación incluye el negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente. Se trata, por tanto, de un supuesto «en el que la gestión colectiva de los derechos se impone por la misma naturaleza de las cosas», en palabras de MONTERO AROCA¹²²⁴.

Desde diversas instancias¹²²⁵ se había señalado la necesidad de facilitar a los usuarios información transparente sobre las tarifas aplicables y el contenido del repertorio antes de la solicitud de la licencia genérica; la reciente Ley 21/2014 ha introducido importantes novedades que mejoran el uso del repertorio por las entidades de gestión¹²²⁶.

¹²²⁴ MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 457; de «clara necesidad “ontológica”» habla GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, “Propiedad intelectual. Naturaleza y requisitos de la actuación procesal de la SGAE...”, loc. cit., p. 1121.

¹²²⁵ Incluida la europea con la Recomendación 2005/737/CE, de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, y, más recientemente, la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, que la Ley 21/2014 no ha traspuesto.

¹²²⁶ Recuérdese el recurso de inconstitucionalidad –vid. nota 1221– que ha sido presentado contra la Ley 21/2014.

De un lado, la remuneración por uso del repertorio se efectúa a través de una fijación de tarifas por las entidades, fuertemente reglada y dotada de publicidad. Además de sujetarse a ciertos criterios legales, han de hacerlo ajustándose a una metodología preestablecida mediante Orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte¹²²⁷ (artículo 157.1.b LPI) y, en última instancia, corresponde a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual la función de determinar las tarifas, que se publican en el BOE, «para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación» (158.bis.3 LPI).

De otro lado, a diferencia del pasado, el repertorio de cada entidad es ahora público. Se trata de otra de las novedades de la Ley 21/2014 que constituía una necesidad puesto que –como puso de manifiesto la Comisión Nacional de la Competencia– «una tarifa equitativa tiene que tener en cuenta el repertorio efectivamente gestionado por la entidad. En caso contrario, se dificulta que la tarifa guarde una relación razonable con el valor económico de la utilización del repertorio y se incrementa la posibilidad de que los usuarios realicen pagos por titulares que la entidad no representa»¹²²⁸.

El artículo 157.1.d.2º LPI ha impuesto a las entidades de gestión la obligación de difundir su repertorio a través de su sitio web, con inclusión de aquellos derechos que gestione territorialmente en España en virtud de acuerdos con organizaciones de gestión colectiva extranjeras. Esta obligación se completa con la que también pesa sobre las entidades de gestión de crear, financiar y mantener –pero no gestionar por sí– «una ventanilla única de facturación y pago, accesible a través de Internet, (...) en la cual los usuarios del repertorio de las entidades de gestión puedan conocer de forma actualizada el coste individual y total a satisfacer al conjunto de dichas entidades, como resultado de la aplicación de las tarifas generales a su actividad, y realizar el pago correspondiente» (artículo 157.1.e LPI).

§. Procesalmente, la relevancia de esta “ventanilla única” radica en que ha traído consigo la desaparición del único supuesto de litisconsorcio activo necesario propio que existía en nuestro ordenamiento: el que imponía el aptdo. 9 del artículo 25 LPI hasta la supresión de la compensación por copia privada en virtud del RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre. Decía así el artículo 25.9 LPI:

«Cuando concurren varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de compensación, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción de la compensación equitativa y única en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación; a las relaciones entre dichas entidades se les aplicarán las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las entidades de gestión podrán

¹²²⁷ El artículo 157 LPI prevé, para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa, el establecimiento de reducciones en las tarifas.

¹²²⁸ Vid. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, “Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, p. 86 [v.e. en <http://www.cncompetencia.es>].

asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados».

Este supuesto legal de litisconsorcio activo necesario volvió a recuperarse en el Anteproyecto de lo que después se convertiría en la Ley 21/2014. Pero la Ley 21/2014 finalmente no lo contiene, porque los problemas prácticos derivados de una posible concurrencia de entidades legitimadas para la gestión de los derechos gestionados colectivamente se han atajado –como pedían las organizaciones empresariales y otros agentes del mercado, pero se resistían a admitir las entidades de gestión– mediante la fijación de tarifas por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual y la creación de esta «ventanilla única» de próxima implantación (artículos 157.1.e. y DA 1ª de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre).

§. En todo caso, la publicidad del repertorio y la creación de la “ventanilla única” de la propiedad intelectual facilitarán, sin duda, la gestión *material* que desarrollan las entidades de gestión. Pero, desde la óptica procesal, lo que importa para afirmar o negar su legitimación activa en el proceso es que la ley confía la gestión colectiva del repertorio y de los derechos de remuneración y participación, en los términos que resulten de sus estatutos, a las entidades de gestión debidamente autorizadas.

Aunque la norma en la que basarán su legitimación no será tanto el artículo 150 LPI –del que hubiera debido suprimirse su último párrafo– cuanto aquel otro precepto concreto que imponga la gestión obligatoria forzosa del derecho en cuestión, las entidades de gestión están –y siguen estando– sometidas *de lege lata* a la exigencia del artículo 150 LPI de tener que presentar la copia de sus estatutos y la certificación acreditativa de su autorización administrativa en aquellos procesos que versen sobre esta clase de derechos.

§. En definitiva, si observamos la gestión colectiva forzosa a que quedan sometidos todos estos derechos de propiedad intelectual se desvanece la existencia de un derecho subjetivo–privado perteneciente al autor o titular como pretendido sujeto sustituido; los derechos así gestionados no son tales y, de hecho, no es casualidad que muchos de sus aspectos se encuentren regulados en el Capítulo II del Título III del Libro I de la LPI (artículos 31 a 40 *bis*), dedicado a los *límites* de los derechos de autor. Reducir todos los problemas jurídicos de orden material y procesal que se dan en esta especial materia a la figura de la sustitución procesal es, a nuestro entender, inadmisibles por simplista.

Respecto de estos derechos, como se ha indicado, la legitimación de las entidades de gestión puede reputarse –con la mayoría de la doctrina– de *extraordinaria* o incluso –en atención al tenor del artículo 10 LEC– de *ordinaria* (porque se trata de los sujetos protagonistas de «la relación jurídica u objeto litigioso» como enuncia el artículo 10.I LPI). Con la denominación que sea, la particularidad de la legitimación procesal de estas entidades de gestión sigue radicando en lo mismo: en que no se determina *in statu assertionis* como pide el artículo 10.I LEC, sino con la aportación necesaria de copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa como

entidad de gestión de la propiedad intelectual, tal y como exige el artículo 150 LPI.

4.2. LA MODALIDAD VOLUNTARIA DE LA GESTIÓN COLECTIVA

§. Fuera de los casos anteriormente citados, cabe que el resto de derechos de la propiedad intelectual sean gestionados individualmente por su titular. Y aquí es donde entra la gestión colectiva *voluntaria* que desempeñan las entidades de gestión y que tampoco constituye un supuesto de sustitución procesal.

§. Para evitar confusiones o superposiciones entre las modalidades voluntaria y forzosa de gestión colectiva, nos fijaremos en un derecho intelectual poco conocido como es el llamado *droit de suite* o derecho de participación de los artistas plásticos y gráficos en el precio de reventa de sus obras, que en la actualidad es objeto de regulación en la [Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original](#)¹²²⁹.

La singularidad de los derechos intelectuales sobre obras gráficas y plásticas radica en que los derechos de explotación del creador van más allá de la primera transmisión de la obra; en concreto, se reconoce al autor y a sus sucesores *mortis causa* el «derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor» (artículo 1 de la Ley 3/2008), siempre que en la reventa participen intermediarios profesionales del mercado del arte (artículo 3) y el precio –excluido impuestos– sea igual o superior a 1.200 euros (artículo 4). A este fin, los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en una reventa sujeta al derecho de participación tienen –artículo 8– la obligación de notificársela al vendedor, al artista y a la entidad de gestión correspondiente en los dos meses siguientes, la de retener el importe del derecho de participación y la de mantenerlo en depósito gratuito hasta la entrega al titular o, en su caso, a la entidad de gestión correspondiente.

Nos hallamos, pues, ante un derecho susceptible de gestión individual por parte del autor, respecto del que una entidad de gestión –lo mismo que cualquier otro sujeto– no puede realizar ningún acto de administración si no le está

¹²²⁹ Mucho antes de esta ley, el *droit de suite* estaba ya reconocido en el artículo 14.ter del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por España el 2 de julio de 1973. Luego se incorporó al artículo 24 de la LPI de 1987 hasta que, fruto de la trasposición de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, llegamos a su regulación actual en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre.

Sobre este *droit de suite*, vid. F. BONDÍA ROMÁN, “Derecho de participación”, en *Diccionario Jurídico de la Cultura*, coord.. M. Fonseca, disponible v.e. en <http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-de-participacion>; I. ESPÍN ALBA, “El caso Fundación Gala-Salvador Dalí Vegap: la transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, 2014, disponible v.e. en <http://pidcc.com.br/artigos/072014/14082014.pdf>; y C. VINCENT LÓPEZ, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Valencia, 1999, pp. 165 y ss.

encomendada esa facultad por el titular. La autogestión del *droit de suite* se encuentra facilitada por las obligaciones que pesan sobre los operadores profesionales del mercado, pero lo normal es que el autor se mantenga al margen de las distracciones que supone el seguimiento de este derecho suyo de explotación y encomiende su gestión colectiva a una entidad de gestión.

§. En este punto, no está de más señalar que la gestión de carácter voluntario que desarrolla toda entidad de gestión no está vinculada, en puridad, a la condición de socio o miembro de la entidad de gestión (aunque para ser socio y tener derechos estatutarios sí que se exige ser titular de derechos que haya de gestionar la entidad). En la gestión colectiva *voluntaria*, la relación entre la entidad de gestión y el titular del derecho se entabla en virtud del llamado *contrato de gestión* (artículo 153 LPI), por el que el titular confiere voluntariamente –o mejor, adhesivamente– la administración total o parcial de sus derechos –que pasan a formar parte del *repertorio*– a una entidad de gestión, que tiene la obligación de aceptar (artículo 152 LPI), para que sean gestionados con sujeción a sus estatutos.

Puesto que el objeto del contrato de gestión es legalmente la administración de los derechos intelectuales que el autor precise, la figura jurídico–sustantiva que más se le acerca es el mandato; y esta naturaleza jurídica no cambia por el hecho de que en los formularios predeterminados por las propias entidades se incluyan cláusulas que se califican como de “cesión exclusiva a los solos fines de gestión colectiva” de los derechos patrimoniales de los titulares.

Esta gestión voluntaria tiene carácter colectivo, porque, aunque ciertas modalidades de explotación de los derechos de autor requieren autorización individualizada del titular¹²³⁰, la entidad –mandataria– administra en masa el conjunto de los derechos patrimoniales de los titulares, normalmente en función de categorías. Se advierte con claridad, por ejemplo, con el derecho de participación del autor en la reventa de su obra plástica o gráfica, que, pudiendo ser objeto de autogestión, puede y es gestionado en masa por una entidad de gestión¹²³¹.

§. Pues bien, en lo que importa, cuando la entidad actúa procesalmente en defensa de estos derechos cuya gestión colectiva asume en virtud del contrato de gestión, no estamos ante un supuesto de sustitución procesal, aunque resulta confusa la conceptualización de su posición jurídica como mandataria de los concretos titulares de los derechos.

¹²³⁰ Así, por ejemplo, requiere autorización individualizada del titular la comunicación pública de obras literarias, dramáticas, dramático–musicales, coreográficas o de pantomima (artículo 157.3 LPI); o para incorporar una obra preexistente a otra compuesta e independiente (artículo 9.41 LPI).

¹²³¹ En concreto, por la VEGAP, “Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos”, única que se encuentra constituida para administrar este derecho y autorizada como entidad de gestión mediante Orden Ministerial del Ministerio de Cultura de 5 de Junio de 1990; su contrato adhesivo de gestión puede consultarse en <http://www.vegap.es/Info/Documentos/HAZTE-SOCIO/contrato-adhesion-autores-obra.pdf>.

A diferencia de las modalidades de gestión forzosa, aquí sí cabe identificar, de un lado, a un titular o pluralidad de titulares determinados del derecho intelectual en cuestión y, de otro lado, a la entidad de gestión. Pero la entidad no sustituye procesalmente a aquéllos actuando por cuenta e interés propio, como haría un sustituto procesal: lo hace por cuenta e interés de los pretendidos titulares sustituidos y con base en el negocio jurídico de gestión que el artículo 150 LPI no puede dispensarles de aportar en el proceso. Este último elemento, que confiere a la gestión colectiva carácter voluntario, unido al primero –el obrar por cuenta e interés de los titulares– que está ínsito en la administración misma que desarrollan voluntariamente estas entidades, nos lleva a excluirlas del ámbito de la sustitución procesal, dado que no se conocen modalidades voluntarias de sustitución procesal que además sean, simultáneamente, por cuenta e interés del sujeto sustituido. Ya contamos con otras categorías –la legitimación y la representación– que excusan de crear modalidades ficticias de sustitución procesal que puedan terminar generando más problemas que beneficios.

§. En efecto, una pretendida *sustitución procesal voluntaria por cuenta e interés del sujeto sustituido* nos coloca o frente a un representante indirecto del titular o frente a un sujeto legitimado extraordinariamente. Y aquí es donde radican los problemas para conceptualizar la posición jurídico-procesal de la entidad mandataria y cuya determinación envuelve un discurso circular.

El hecho de que la entidad obre en nombre formalmente propio aunque por cuenta e interés de concretos y determinados titulares que le tienen encomendada la administración de sus derechos en cuestión aboga en favor de que estemos ante un supuesto de representación voluntaria de tipo indirecto; mas, como al mismo tiempo, la entidad es la *parte* en el proceso y nuestro proceso civil parece ajustarse a los esquemas clásicos de representación caracterizada por el obrar en nombre e interés del representado como verdadera parte, la cuestión se traslada del terreno de la representación al de la legitimación llamada colectiva de las entidades de gestión¹²³². Pero –y con esto volvemos al principio de este discurso– ocurre que, en la medida en que se obra por cuenta de concretos y determinados autores –en el caso del *droit de suite*, aquéllos que ostentan derechos de participación en razón de las reventas realizadas– esta legitimación colectiva más parece una acumulación de acciones

¹²³² Echamos en falta que MONTERO AROCA no haya considerado el supuesto del *droit de suite*, perfectamente susceptible de gestión colectiva. Cuando el autor trata la modalidad voluntaria de gestión de derechos intelectuales todos resultan ser de ejercicio individual e incompatibles con una gestión de carácter colectivo, y, entonces, el papel de la entidad de gestión en el proceso se simplifica: o bien su actuación es la de un representante voluntario del titular individual determinado que le ha de conferir su representación, o bien tendría que hacerse ceder, aunque sea fiduciariamente, la titularidad del derecho, con lo que se presentaría como legitimado ordinario por cesión del titular originario (*vid.* MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidad...*, *cit.*, pp. 91-92, 99-102, 106-108, 134, 140-141 y *passim*, y *De la legitimación*, *cit.*, pp. 454-455, 460-461 y 462-464). Ante esa tesitura, MONTERO AROCA aboga por la figura de la representación directa; en cambio la opción de la cesión fiduciaria es la que mantiene CABAÑAS GARCÍA (*La tutela judicial del tercero...*, *cit.*, p. 143), si bien haciendo supuesto de la cuestión. Lo mismo puede decirse de JUAN SÁNCHEZ (*La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, p. 366).

ejercitada por un representante indirecto, la entidad mandataria, que es parte en el proceso.

Viene a terciar en este debate el hecho de que, en todo caso, nada excusa a la entidad de gestión de la carga de aportar el contrato de gestión cuando actúa en defensa de derechos que tiene encomendados voluntariamente.

El hecho de que únicamente pudiera existir constituida una única entidad no debe reverdecir la criticada *legitimación presunta* de las entidades de gestión¹²³³, aunque todavía haya resoluciones judiciales que se sirven de ella¹²³⁴ e incluso haya sido asumida por el CGPJ en su informe al anteproyecto de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica la LPI¹²³⁵. Es el caso de insistir, pues, en que el artículo 150 LPI sólo puede operar para dispensar de la carga que pesa sobre la entidad de gestión de individualizar y acreditar los derechos gestionados cuando se trata de defender derechos que están sometidos *ex lege* e *in genere* a gestión colectiva forzosa, pero no en los restantes casos. Cuando la entidad actúa como administradora de los derechos encomendados *voluntariamente* por titulares determinados, como es el caso del *droit de suite*, esta carga no puede ser suplida con la mera aportación de la copia de sus estatutos y la certificación acreditativa de su autorización administrativa; tiene que aportar, en el caso concreto, los contratos de gestión con los autores para acreditar que los derechos en cuestión han sido encomendados a su gestión colectiva voluntaria.

En este punto, entendemos que tratar de dilucidar si estamos ante un supuesto de representación indirecta o de legitimación extraordinaria es un ejercicio inconducente si el resultado sigue siendo el mismo. Si se mantiene que la posición jurídica de la entidad es la de ser sujeto legitimado extraordinariamente, el párrafo segundo del artículo 10 LEC en unión de lo dispuesto en el artículo 150 LPI requieren, para tenerle por parte procesal legítima, que la entidad aporte la consabida copia de estatutos y la certificación acreditativa de su autorización administrativa, pero también el contrato de gestión por el que se le confía la administración del derecho, pues sólo así podrá tenerse por cumplida la legitimación: acreditando que se trata de un derecho *confiado* a su gestión. Si, en cambio, se entiende que estamos ante un representante voluntario indirecto, la aportación documental afectará entonces a

¹²³³ Vid., por todos, MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidad..., cit.*, pp. 126-129 y *De la legitimación..., cit.*, pp. 477-478.

¹²³⁴ Así, por ejemplo e innecesariamente, la [SAP Madrid \(Secc. 20ª\) de 19 de abril de 2005](#), en la que la entidad VEGAP reclamaba a una conocida sala de subastas las cantidades sujetas a *droit de suite* en las ventas realizadas a su través de obras cuyos derechos le habían sido encomendados voluntariamente por los autores y cuya copia aportó la entidad demandante.

¹²³⁵ Frente al texto del anteproyecto que proponía suprimir el último inciso del artículo 150 LPI, el CGPJ objetó que “la modificación del art. 150 LPI dejará a las entidades, cuando no gestionen derechos obligatorios, sin una ventaja procesal que parece de todo punto lógica, porque de otro modo se aboca a la entidad a tener que aportar todos los contratos de gestión de sus miles o cientos de titulares. Es difícil ver cómo esta medida puede contribuir a reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual, pues sólo parece servir para favorecer la posición procesal del usuario demandado, que podrá fácilmente contrarrestar la acción de la entidad sobre la base de una falta total o parcial de legitimación” (p. 12).

la «representación que el litigante se atribuye» (artículo 264.2º LEC), con las mismas consecuencias de tener que aportarlo inicialmente y, en todo caso, de poder ser tratada esa representación como cuestión procesal al amparo del artículo 418 LEC.

4.3. LA POSICIÓN DEL CESIONARIO Y DEL AUTOR RESPECTO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE EXPLOTACIÓN DE LA OBRA

§. Toca ahora examinar por qué en los casos de cesión de derechos patrimoniales de explotación de la propiedad intelectual no puede verse en el cesionario a un sustituto procesal del autor.

Aunque la LPI todavía distingue –en los artículos 48 y 50– entre cesiones exclusivas y no exclusivas, en todo caso no nos hallamos ante un supuesto de *sustitución del autor por el cesionario* –sea o no una entidad de gestión–, sino ante la *transmisión de verdaderos derechos jurídico-materiales*¹²³⁶, que presentarán –o no– especialidades en la medida en que supongan derechos limitados de carácter real y, por tanto, hayan de coexistir los derechos del autor y los derechos del cesionario exclusivo. El problema, en el fondo, no hace sino reproducir el que se plantea con los licenciarios de marcas y de patentes, sólo que, en esta ocasión, en materia de propiedad intelectual.

§. Así, la cesión no exclusiva de los derechos de explotación confiere –ex artículo 50 LPI– al cesionario, sin ser susceptible de ulteriores transmisiones por éste, la facultad de «utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente». *Ergo*, en estos casos el cesionario ostenta un derecho material y su legitimación es del todo ordinaria, por derecho propio y en su exclusivo interés, frente a quien le perturbe o impida el uso¹²³⁷.

§. En cambio, cuando la cesión de los derechos de explotación es exclusiva, las facultades jurídico-materiales que se transmiten al cesionario convierten a éste en *titular de una suerte de derecho real limitado*¹²³⁸ que el artículo 48 LPI expresa de la siguiente forma (la cursiva es mía):

«Artículo 48. Cesión en exclusiva.

La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, *la facultad de explotar la*

¹²³⁶ Tampoco JUAN SÁNCHEZ (*La legitimación en el proceso civil*, cit., p. 366) ve en el cesionario otra cosa que un sujeto legitimado «por interés particular y directo» que *no* hace valer derechos de otro.

¹²³⁷ Apoya esta tesis la opinión civilista mayoritaria que niega eficacia real al licenciario no exclusivo [vid., por todos, M. SERRANO FERNÁNDEZ, “Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2012, pp. 15-16 (disponible v.e. en <http://www.indret.com>)].

¹²³⁸ La doctrina civilista mayoritaria –a la que aquí se sigue– apunta a la eficacia real de los derechos del licenciario exclusivo y al carácter constitutivo del contrato de cesión en exclusiva, aunque también se ha sostenido que este contrato es meramente traslativo y que se aleja de las figuras típicas de los derechos reales limitados (vid., M. SERRANO FERNÁNDEZ, “Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor”, loc. cit., pp. 16-17).

obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.

Esta cesión constituye al cesionario en la *obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida*, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate».

La posición del cesionario en estos casos no es la de ser representante del autor, como quiere CABAÑAS GARCÍA¹²³⁹, pero tampoco la de ser su mero sustituto procesal. Que el cesionario exclusivo *no sustituye* al autor –ni podría hacerlo– se advierte con toda claridad en que el autor mismo queda sujeto al ejercicio de la facultad de exclusión que el artículo 48 LPI confiere al cesionario. Y, si esto es así, es que estamos en presencia de un derecho de carácter limitado que goza de los atributos de los derechos reales, perteneciente *iure proprio* al cesionario. *Ergo*, la «legitimación [del cesionario], con independencia de la del titular cedente, para perseguir violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido» de la que habla el artículo 48 LPI no es menos ordinaria –desde el punto de vista procesal– que la que pueda ostentar otro titular de un derecho real limitado; y lo mismo puede decirse en el que caso de que –en hipótesis– el autor también pudiera por sí mismo impedir a otros la explotación ilegal de los derechos patrimoniales ya transmitidos al cesionario. Acaso aquí pudiera verse con mejores motivos una posible sustitución procesal: pero en esta ocasión la del cesionario –sujeto sustituido– por el autor –sustituto procesal–, aunque nos inclinamos por pensar que la dicción legal se limita a remarcar la suficiencia e independencia de la posición jurídica del cesionario.

Lo que, en cualquier caso, se patentiza es que el problema no es la existencia o inexistencia de una sustitución procesal, sino de otro orden: el de la construcción, en el plano jurídico–sustantivo, de derechos reales limitados por vía negocial y la delimitación de las facultades que retiene el autor en materia tan especial como la propiedad inmaterial (de ahí que haya que estar a la regulación de cada tipo de contrato de cesión; *vid.*, por ejemplo, el artículo 89 LPI, sobre el contrato de transformación de una obra preexistente audiovisual).

5. Acciones directas en materia de contratos

§. Tampoco constituyen hipótesis de sustitución procesal las llamadas “acciones directas”, que toman su nombre –originariamente en Francia– por oposición a la acción oblícua o subrogatoria del artículo 1111 CC¹²⁴⁰.

¹²³⁹ CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 144.

¹²⁴⁰ Así, J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones el deudor*, Madrid, 1988, p. 63, y F. ARNAU MOYA, *Acción directa y vinculación contractual*, tesis inéd. dirig. J. M. Badenas Carpio, Universitat Jaume I, Departament de Dret Privat, p. 20, [disponible v.e. en <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/29561>].

La sustitución procesal y las acciones directas tienen en común que en ambas subyacen dos relaciones jurídicas interrelacionadas, pero hasta aquí llegan los puntos en común, pues mientras que en la sustitución procesal las dos relaciones jurídicas mantienen su autonomía y su separación formales, en las acciones directas se constituye una relación jurídico-material triangular a partir de dos relaciones que tienen carácter causal, no ocasional¹²⁴¹.

En la sustitución procesal, el sujeto A (sustituto procesal) ejercita en propio nombre los derechos que declaradamente corresponden a B (sustituido procesal) frente a C; en cambio en las acciones directas, el sujeto A, que es acreedor –por vínculo contractual o extracontractual– de B (deudor intermedio) ejercita su propio derecho frente a C, deudor de B por vínculo contractual (y, por obra de la acción directa, también de A, puesto que frente a él ha de responder al fin y al cabo).

Como se advierte, sólo muy superficialmente la sustitución procesal y las acciones directas pueden parecer similares, pero operan exactamente en sentido inverso y no es posible ver en las acciones directas la figura de la sustitución procesal, que, en cambio, se ha formulado aquí de dos maneras distintas:

- O bien entendiendo –bajo el influjo de la acción subrogatoria– que el acreedor A –*creditor creditoris*– es sustituto procesal del deudor intermedio B, cuyo derecho ejercita cuando se dirige frente a C.
- O bien construyendo una clase de sustitución procesal *pasiva*, que consistiría en que el tercer deudor –el sujeto C, *debitor debitoris*– ocupa como sustituto procesal el lugar del deudor intermedio B; lo que, en verdad, desnaturaliza por completo la figura de la sustitución procesal¹²⁴².

En Italia estudiosos como CARNELUTTI¹²⁴³ han defendido la primera construcción frente a la que pronto se objetó (por SATTA, entre otros¹²⁴⁴) que el acreedor en la acción directa, aunque deduzca en el proceso la relación del deudor intermedio B frente a C, hace valer un derecho propio y no ostenta una mera legitimación substitutiva. En España, la doctrina procesalista mayoritaria¹²⁴⁵, aunque dudosa en algún momento¹²⁴⁶, aleja ya sin dudar de la

¹²⁴¹ En este sentido, F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., pp. 37 y 553 y ss.

¹²⁴² Ésta es la postura defendida, respecto de la acción directa en el contrato de obra del artículo 1597 CC, por DE ÁNGEL YAGÜEZ, sobre la que puede verse *infra* nota 1254.

¹²⁴³ F. CARNELUTTI, “Responsabilità del committente verso il subappaltatore?”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1935, II, pp. 200 y ss. y, más ampliamente, G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990, pp. 107-141.

¹²⁴⁴ Vid. S. SATTA y C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 12ª ed., Milán, 1996, p. 129; P. M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padua, 1990, pp. 17-22 y 41-55, así como los autores citados por BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, cit., p. 124, nota 25.

¹²⁴⁵ Vid., J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., pp. 344-349; R. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 281-292.; y CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 238-242 (aunque, contradictoriamente, en las pp. 118 y 120, sí considera la acción directa del arrendador frente al subarrendatario como un supuesto de legitimación indirecta, a consecuencia de ver en ella una acción subrogatoria específica).

¹²⁴⁶ Todavía hoy CORDÓN MORENO, aunque separa las acciones directas de la figura de la sustitución procesal, sigue incluyendo las acciones directas en la categoría de legitimación

sustitución procesal las acciones directas de los artículos 1522, 1597 y 1722 CC y las que la legislación sobre contrato de seguro confiere al perjudicado frente al asegurador (artículos 75 LCS y 7 LRCSCVM) y al asegurador frente al causante para repetir el pago efectuado (artículos 43 LCS y 10 LRCSCVM), por la razón de que el sujeto legitimado no sustituye a nadie, sino que ejerce un derecho subjetivo que el ordenamiento le otorga *iure proprio*.

La concatenación de relaciones jurídicas en las acciones directas podrá dar lugar a otros problemas jurídico-procesales (desde la acumulación de procesos hasta la prejudicialidad civil), pero no de legitimación.

5.1. LAS ACCIONES DIRECTAS DEL ARRENDADOR FRENTE AL SUBARRENDATARIO

§. Aunque los artículos 1551 y 1552 CC en ningún momento hablan de acción ni de legitimación, nadie niega hoy que estos preceptos constituyen derechos propios del arrendador, clasificables como acciones directas¹²⁴⁷, como se deduce de su tenor:

Según el artículo 1551 CC, «sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado a favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario».

Y, en la misma línea, el artículo 1552 CC dispone que «el subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, a no haberlos verificado con arreglo a la costumbre».

A la vista de estos artículos, constituye un error ver en el arrendador que se dirige frente al subarrendatario a un sustituto procesal del arrendatario (sujeto sustituido), en lugar de –como con toda claridad se deduce de estos preceptos– constatar la existencia de un verdadero derecho subjetivo material predispuesto –en el lado activo– en favor del arrendador, frente al subarrendatario –en el lado pasivo–.

Lo que el legislador hace en los artículos 1551 y 1552 CC es superar el principio de relatividad de los contratos para sujetar al subarrendatario a los términos de uso y conservación pactados en el contrato entre arrendador y arrendatario (artículo 1551 CC) e imponerle también la obligación de pagar las

extraordinaria como supuestos de legitimación *directa*, por cuanto permiten reclamar en juicio un derecho ajeno, pese a que el autor no deja de ver en ellas un derecho propio del acreedor concedido directamente por la ley (*vid.* su “De nuevo sobre la legitimación”, *loc. cit.*, pp. 78-80 y “Artículo 10. Condición de parte procesal legítima”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Armenta Deu, vol.1, Navarra, 2001, p. 130). En cambio, siguen afirmando que las acciones directas constituyen fenómenos de sustitución procesal autores como NIEVA FENOLL (*La sustitución procesal*, *cit.*, pp. 85-86) o RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., Barcelona, 1992, pp. 264-265).

¹²⁴⁷ *Vid.*, sobre las acciones directas del arrendador, F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, *cit.*, pp. 123-154, donde también se analizan las previsiones específicas de los artículos 15 y 16 LAU de 1964.

cantidades –que la doctrina civilista no limita únicamente a la renta– que se deban en razón del arriendo. Bien mirado, en el supuesto regulado en el artículo 1551 CC la acción directa del arrendador frente al subarrendatario tiene poco de extraordinario si para dirigir la acción frente al subarrendatario –como señala LUCAS FERNÁNDEZ¹²⁴⁸– debe éste ser el incumplidor de las obligaciones de uso y conservación de la cosa; y en el supuesto del artículo 1552 CC lo que en el fondo se configura es una responsabilidad solidaria entre arrendatario y subarrendatario –para este último, limitada cuantitativamente a lo que él mismo deba en razón del subarriendo– frente al arrendador.

Ergo, ni el arrendador (como pretendido sustituto procesal) ocupa el lugar del arrendatario (como supuesto sujeto sustituido) al dirigirse al subarrendatario, ni este subarrendatario (como supuesto sustituto procesal *pasivo*) ocupa el lugar del arrendatario (como sujeto sustituido) frente al arrendador: simplemente, arrendatario y subarrendatario quedan respondiendo frente al arrendador.

Llegado el momento de poner fin al proceso de arrendamiento por haberse impagado la renta, al arrendador le basta con dirigir su demanda resolutoria contra el arrendatario, dada la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario con el subarrendatario; éste, sencillamente, recibirá los efectos de la sentencia como acto jurídico que le es oponible, en sede de ejecución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 704 LEC¹²⁴⁹.

5.2. LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA CONTRA EL DUEÑO DE LA OBRA

§. Las primeras ocasiones en que el TS empleó el término de “acción directa”, allá por la década de los veinte del siglo pasado¹²⁵⁰, fueron precisamente a

¹²⁴⁸ F. LUCAS FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 1551”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirig. M. Albadalejo y S. Díaz-Alabart, Madrid, 2005, t. XX, vol. 1 [disponible v.e. <http://app.vlex.com/>].

¹²⁴⁹ Falta en nuestro ordenamiento una disposición como la que cierra el artículo 1595 c.c. italiano («*senza pregiudizio delle ragioni del subconduttore verso il sublocatore, la nullità o la risoluzione del contratto de locazione ha effetto anche nei confronti del subconduttore, e la sentenza pronunciata tra locatore e conduttore ha effetto anche contro di lui*»); en nuestra LEC, en lugar de una falsa norma de extensión de la cosa juzgada material, el problema aparece solucionado a través del incidente sobre terceros ocupantes de inmuebles, que se contrae a la oponibilidad del pronunciamiento de condena de entregar un bien inmueble, sin necesidad de tratarlo desde las normas sobre la cosa juzgada material de la sentencia firme. Y de cara a un proceso ulterior entre arrendatario y subarrendatario, a nuestro juicio tampoco opera *ultra partes* la cosa juzgada positiva o prejudicial de esta sentencia con el resultado de vincular al tribunal del proceso ulterior, sino que la consideración de esa sentencia será la que le merezca al juzgador desde la libre valoración fáctica y jurídica de un acto relevante para la decisión del segundo proceso. Como se ve, no creemos que el subarrendatario haya de ser considerado “causahabiente” a los efectos del artículo 222.3 LEC y que, por tanto, le alcance *ultra partes* la eficacia positiva y negativa de la sentencia dictada entre arrendador y arrendatario.

¹²⁵⁰ En la STS (Sala 1ª) de 30 junio 1920 (citada por F. LUCAS FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 1597”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirig. M. Albadalejo y S. Díaz-Alabart, Madrid, 2005, t. XX, vol. 2, disponible v.e. <http://app.vlex.com/>) el TS empleó la locución “acción directa” para afirmar que “no puede negarse que el artículo 1.597 del Código establece una verdadera excepción de aquel principio de terceros [el de relatividad

propósito de la “acción” que contempla –en sentido no técnico– el artículo 1597 CC; dice así este artículo:

«Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

Esta “acción directa” señalada por la doctrina¹²⁵¹ no ha sido, sin embargo, considerada siempre como tal y hay quien, basándose en que el subarrendador deduce una relación que le es ajena –la entablada entre el comitente y el contratista–, ve en este supuesto un caso de sustitución procesal. Según esta forma de entender el artículo 1597 CC, el papel de sustituto procesal corresponde al subcontratista como *creditor creditoris* mientras que el sujeto sustituido, titular del derecho de crédito que el sustituto haría valer como ajeno frente al comitente, es el contratista (deudor intermedio), que es acreedor a su vez del comitente o dueño de la obra. Así lo entendió MONTERO AROCA en el pasado, aunque ya no¹²⁵², y todavía lo sostienen NIEVA FENOLL¹²⁵³ y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, para quien el artículo 1597 CC constituye un supuesto de sustitución procesal *pasiva*¹²⁵⁴.

§. Esta visión, sin embargo, niega la existencia de un verdadero derecho material del subcontratista que sí se alcanza a ver en el artículo 1597 CC, además de presuponer que siempre que se deduzca una relación ajena

de los contratos] en favor del que suministra materiales para las obras ajustadas alzadamente por contratista, concediéndole la acción directa contra el dueño, limitadamente a la cantidad que éste adeude”. Posteriormente, volvería a hacerlo en la STS (Sala 1ª) de 11 de junio de 1928 (citada por F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., p. 82, nota 227).

Esta acción directa no era, en cualquier caso, desconocida en nuestro Ordenamiento, ya que figuraba como artículo 1538 en el proyecto de Código Civil de 1851 y cabe encontrar un antecedente anterior en el proyecto de 1836, todo bajo la influencia del artículo 1798 del *Code napoleónico*.

¹²⁵¹ Ésta es la concepción mayoritaria, hoy sostenida por numerosos autores como I. ALBIÑANA (“La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en caso de concurso del contratista”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010, pp. 96-102), F. LUCAS FERNÁNDEZ (“Comentario al artículo 1597”, loc. cit.), I. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, LACRUZ BERDEJO, M. ALBADALEJO, PUIG BRUTAU, y todos los que expresamente cita ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., p. 84, nota 231.

¹²⁵² MONTERO AROCA inicialmente (en su *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 53) comprendió este supuesto en la figura de la sustitución procesal, pero actualmente sostiene (en su *De la legitimación...*, cit., pp. 345-347) que el subcontratista, además de la acción contractual que le compete frente al contratista, dispone también de un verdadero derecho material que es suyo propio de reclamar frente al dueño de la obra las cantidades que le sean debidas; lo que “llega más allá de la mera legitimación por sustitución” (p. 346).

¹²⁵³ J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal...*, cit., pp. 85-86.

¹²⁵⁴ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la Legislación civil*, Madrid, 1969, pp. 66-70, quien se sirve de tan original idea para negar que posible ejercicio extrajudicial del derecho del artículo 1597 CC. Pero no existe tal sustitución procesal *pasiva*, como quiere DE ÁNGEL YÁGÜEZ: la legitimación pasiva en la acción directa es del todo ordinaria y está dada a quien se le impone una obligación de pago que es, como se señala en el texto principal, limitada y solidaria con la que corresponde al contratista. Y si la ley atribuye responsabilidad, y no sólo legitimación pasiva por sustitución, es que nos hallamos en presencia de una relación jurídico-material propia.

estaríamos ante una legitimación extraordinaria que presenta el riesgo de caer en la hipertrofia.

El artículo 1597 CC confiere, en efecto, al acreedor un derecho subjetivo material –no sólo una “acción” (=derecho subjetivo *público*), aunque el artículo 1597 CC emplee tal término– frente al comitente o dueño de la obra que le permite ingresar directamente en su patrimonio las cantidades reclamadas hasta el límite de lo que el comitente deba al contratista o deudor intermedio. La razón que justifica en última instancia este derecho se halla en la conexión económica y jurídica existente en las relaciones que se traban entre comitente, contratista y subcontratista¹²⁵⁵; conexión que permite excepcionar el principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC e instaurar una relación jurídica triangular en la que el legislador acaba imponiendo una responsabilidad de tipo solidario –aunque limitada cuantitativamente a lo que el comitente se encuentre debiendo al contratista– entre el dueño de la obra y el contratista, frente al subcontratista¹²⁵⁶. Por eso se dice del artículo 1597 CC que entraña la afección de un patrimonio más, que es el del comitente o dueño de la obra.

Es copiosa la jurisprudencia que configura de esta forma el derecho del artículo 1597 CC; por todas, la [STS \(Sala 1ª\) núm. 637/2014 de 6 de noviembre de 2014 \(rec. 1854/2012\)](#) enuncia que:

«La jurisprudencia ha efectuado una interpretación del artículo 1597 CC en el sentido de concebirla como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria (SSTS 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 12 de mayo y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, 28 de mayo y 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000, etc.), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista (SSTS 16 de marzo de 1998, 11 de octubre de 2002), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberle declarado en insolvencia (STS 12 de mayo de 1994), STS, Civil sección 1 del 26 de Septiembre del 2008, recurso: 155/2002».

§. De esta acción directa se ha dicho también¹²⁵⁷, por otro lado, que quiebra la *par conditio creditorum* cuando el contratista –deudor intermedio– es declarado en concurso, pues permite al subcontratista sustraerse *de facto* de la masa activa del concurso ejercitando extraconcursalmente el derecho que le confiere el artículo 1597 CC frente al comitente, con el resultado de ingresar directamente en su patrimonio lo que le es debido sin tener que integrarlo en la masa del concurso. A un resultado así, como se advierte, no se llegaría de estar ante un caso de legitimación por sustitución; al contrario, tal resultado está propiciado por la existencia de un verdadero derecho material propio que se inserta en una

¹²⁵⁵ Así, F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., p. 92.

¹²⁵⁶ Por todos, F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., pp. 105-106.

¹²⁵⁷ Vid., por todos, P. M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., pp. 14-15 y 331 y ss.; F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., pp. 119-121; y J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela del tercero...*, cit., p. 242.

relación jurídica triangular. Y es normal que si este derecho material del subcontratista acaba provocando efectos indeseables en el concurso del contratista, el legislador se preocupe por evitarlo como recientemente ha hecho, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en los artículos 50.1 y 3 y 51 *bis* LC¹²⁵⁸, que a la postre impiden el ejercicio de la acción directa en caso de concurso del contratista¹²⁵⁹ y que siguen sin diseñar una sustitución procesal.

5.3. LA ACCIÓN DIRECTA DEL MANDANTE FRENTE AL SUBMANDATARIO

§. Lo mismo que se acaba de decir de los supuestos de acciones directas vistos hasta ahora vale, con mayor motivo, en la acción directa que los artículos 1721 y 1722 CC confieren al mandante para dirigirse contra el sustituto del mandatario:

Dispone el artículo 1721 CC que «el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:/ Cuando no se le dio facultad para nombrarlo./ Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente./ Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo». Y añade el artículo 1722 CC que «en los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto».

Con alguna excepción que no ha encontrado continuidad¹²⁶⁰, la doctrina procesalista patria no postula que nos hallemos ante un supuesto de sustitución procesal, lo que por sí nos ahorra el tener que estudiar con detenimiento este supuesto. Si lo mencionamos es exclusivamente para alejar de la sustitución procesal un caso en el que lo que existe es sustitución personal en el mandato cuando éste no se confirió *intuitu personae* y, con ella, la determinación de un régimen de responsabilidad en el plano material en virtud del cual¹²⁶¹:

¹²⁵⁸ El artículo 50 LC, relativo a los nuevos procesos contra el concursado, dispone en su aptdo. 3 la inadmisión a trámite de “las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo”, esto es, “el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado”.

Si, en cambio, la declaración de concurso sobreviene cuando ya se encuentra pendiente el proceso iniciado por el subcontratista, el artículo 51 *bis* LC dispone su suspensión “hasta su conclusión”.

¹²⁵⁹ El legislador, en este punto, ha seguido la línea jurisprudencial que venía solucionando la tensión entre los efectos de la declaración de concurso del contratista deudor y el posible ejercicio de la acción directa del subcontratista en favor de aquéllos, debiendo ceder el derecho del subcontratista ante la especialidad del concurso [así, por todas, la [STS \(Sala 1ª\) núm. 62/2014, de 25 de febrero, rec. 167/2012](#)].

¹²⁶⁰ Excepción hecha de M. SERRA DOMÍNGUEZ (“Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pág. 232) que sí consideró que el mandante era sustituto procesal del mandatario cuando se dirigía frente al submandatario. En contra, puede verse MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 347-348.

¹²⁶¹ Vid. J. R. LEÓN ALONSO, “Comentarios a los artículos 1721 y 1722”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirig. M. Albadalejo y S. Díez-Alabart, Madrid, 1986, t.

- Si el mandante autorizó *nominatim* la sustitución del mandatario por otra persona o si la autorización fue genérica y el sustituto del mandatario es persona solvente y capaz de llevar a efecto la gestión, sólo este sustituto queda respondiendo de la gestión frente al mandante en virtud de un traspaso del mandato, sin que opere propiamente la acción directa del artículo 1722 CC.
- En cambio, si la sustitución del mandatario no fue autorizada pero tampoco prohibida por el mandante o si, autorizada genéricamente, se hizo en favor de persona insolvente o incapaz para la gestión, quedan respondiendo frente al mandante tanto el mandatario inicial como el delegado, en virtud –en este último caso– del derecho subjetivo material del artículo 1722 CC.

5.4. LAS ACCIONES DIRECTAS EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

§. Las acciones directas previstas en la legislación sobre contrato de seguro tampoco constituyen hipótesis de sustitución procesal, a pesar de que ocasionalmente se ha manejado esta figura para atribuir al perjudicado la condición de sustituto procesal del asegurado (sujeto sustituido), cuyos derechos ejercitaría en nombre e interés propio frente a la compañía aseguradora¹²⁶².

Los preceptos reguladores de acciones directas que cumplirían el presupuesto formal de normas legales habilitantes de una pretendida sustitución procesal son –en este caso– los relativos a la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora:

- El que, con carácter general, se reconoce en el contrato de seguro de responsabilidad civil en el artículo 76 LCS, a cuyo tenor «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».
- El que, circunscrito al contrato de seguro obligatorio en la circulación de vehículos a motor, se recoge en el artículo 7 del [RDLeg 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor](#) (LRCSCVM): «1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe

XXI, vol. 2, disponible v.e. <http://app.vlex.com/>; y F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., pp. 155-169, espec. pp. 164 y ss.

¹²⁶² Así, M. SERRA DOMÍNGUEZ, “Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pág. 232; y F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, t. I, Barcelona, 1997, p. 60.

de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley. Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes (...)).».

§. Desde una estricta perspectiva contractual, del contrato de seguro –como ya señalara FONT SERRA¹²⁶³– no nace directamente para el perjudicado un derecho predispuesto a su favor; el contrato de seguro –en otros términos– no es un contrato a favor de tercero. El perjudicado no penetra en el contrato de seguro –que le es ajeno–, pero tampoco ejerce derechos que correspondan al asegurado frente al asegurador, sino que, sentida la necesidad de vincular directamente al perjudicado con el asegurador en lo que se ha dado en llamar la función social del contrato, se abrió camino –primero por vía jurisprudencial, luego positivizada en el Derecho privado en la Ley sobre usos de vehículos a motor de 1962– la necesidad de conferir al perjudicado un derecho autónomo y directo¹²⁶⁴.

Superadas, pues, las concepciones jurisprudenciales iniciales que vinieron a reconocer la posibilidad del perjudicado de dirigirse directamente contra el asegurador a partir de distintas tesis (entre ellas, la contractual, pero también la de la subrogación y la del interés directo del tercero en el cumplimiento del contrato de seguro), la concepción predominante en la actualidad es que los artículos 76 LCS y 7 LRCSCVM, para el seguro obligatorio de vehículos, otorgan al perjudicado o víctima –y a sus herederos– un derecho propio y autónomo contra el asegurador¹²⁶⁵, sin perjuicio de la responsabilidad civil también concurrente del asegurado causante del siniestro (que será extracontractual en los frecuentes siniestros relativos a la circulación de vehículos a motor, pero que puede ser contractual como sucede en relación con los contratos de responsabilidad civil profesional de abogados, médicos o arquitectos).

Esta llamada «acción» directa es un derecho subjetivo material –de carácter indemnizatorio– del mismo perjudicado frente a la aseguradora, y no una legitimación extraordinaria en virtud de la cual el perjudicado ejerce los derechos contractuales del deudor asegurado frente a la aseguradora. El derecho

¹²⁶³ E. FONT SERRA, “La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro”, *Revista General de Derecho*, núm. 552, septiembre 1990, pp. 6310-6311, ahora recopilado en *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*, Madrid, 2004, pp. 351 y ss.

¹²⁶⁴ *Vid.*, sobre esta evolución, F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, *cit.*, pp. 324-343.

¹²⁶⁵ Así, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, 1ª ed. 2ª reimpr., p. 202; M. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa...*, *cit.*, p. 91; F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, *cit.*, p. 235 y 350-351; J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1909, pp. 63-64; J. MONTERO AROCA *De la legitimación...*, *cit.*, pp. 396-402; y J. A. REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996, pp. 52-53.

que ejercita el perjudicado frente al asegurador le es propio, nace de la producción del siniestro cubierto por el contrato de seguro y consiste en que el asegurador asuma solidariamente el pago de las indemnizaciones dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato.

En este derecho del perjudicado la existencia del seguro es un hecho constitutivo de la pretensión indemnizatoria, lo que no debe ser confundido con que el perjudicado ejercite derechos contractuales del asegurado¹²⁶⁶. La acción directa del artículo 76 LCS no altera las normas comunes de legitimación¹²⁶⁷, ni guarda relación con la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, pese a que el origen de esta confusión está en haberlas considerado –por influencia francesa– como el *reverso* de la acción subrogatoria u oblícua del artículo 1111 CC.

En coherencia, y como escribe REVILLA GONZÁLEZ¹²⁶⁸, en el supuesto del artículo 76 LCS «no se ve (...) un supuesto de escisión entre titularidad y ejercicio del derecho». Y una de las repercusiones prácticas de esta concepción es –al decir de este autor– que «al desligarse este derecho [del perjudicado] del que corresponde al asegurado frente al asegurador, y situarlo en el campo de las obligaciones extracontractuales, repercute en los límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles» y –ha de añadirse– también en el de la ley aplicable¹²⁶⁹.

§. Lo mismo cabe decir del asegurador al que el artículo 43 LCS permite, una vez que ha pagado la indemnización, «ejercitar los derechos y las acciones que por razón del sinistro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización».

Pese a que también aquí la jurisprudencia y parte de la doctrina han relacionado esta acción de repetición con la acción subrogatoria y, bajo su influjo, la han

¹²⁶⁶ En efecto, la existencia del contrato de seguro es uno de los presupuestos materiales del artículo 76 LCS que corresponde probar al perjudicado demandante y, como documento de fondo que es, ha de ser aportado a la demanda o a la reconvencción (artículo 265.1.1º LEC). A tal fin, y para evitar al perjudicado las dificultades que su aportación junto con la demanda plantea, puede acudir a la diligencia preliminar del artículo 256.1.5º LEC, consistente en que, a instancia «del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil (...), se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder».

¹²⁶⁷ Así, M. PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989, p. 80.

¹²⁶⁸ J. A. REVILLA GONZÁLEZ, *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996, pp. 52-53.

¹²⁶⁹ Que es derecho material propio lo muestra el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (también llamado *Roma II*), cuyo artículo 18, bajo la rúbrica *acción directa contra el asegurador del responsable*, dispone –en régimen de alternatividad– que “la persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro”. Las críticas y los problemas que plantea la redacción de esta norma pueden verse en P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, noviembre 2009, pp. 741-765.

incluido entre los supuestos de legitimación extraordinaria, debe estimarse con otra parte de la doctrina y con el propio TS que se trata de una acción específica, propia y autónoma, a favor del asegurador, al que no se le provee de una legitimación de tipo extraordinario respecto del derecho o la relación ajenas, sino que ostenta una legitimación ordinaria respecto de un derecho propio, el de repetir.

Respecto de estas llamadas «acciones de repetición» del asegurador (previstas, entre otros, en el artículo 43 LCS para el seguro de daños; en el artículo 82 LCS, respecto de los gastos de asistencia sanitaria en el seguro de personas; o en el artículo 10 del LRCSCVM, para el seguro obligatorio de circulación de vehículos) también se han formulado distintas teorías –cesión de derechos, sucesión, subrogación, entre otras– para explicar lo que para la doctrina civilista es una superación de los límites subjetivos del contrato de seguro y que algunos procesalistas han traducido en términos de legitimación extraordinaria¹²⁷⁰.

De nuevo aquí –como en las acciones directas a las que se hacía referencia antes– nos encontramos con que el tener que alegar y probar el siniestro y la existencia del contrato de seguro puede inducir a pensar que el asegurador se sitúa en el lugar del asegurado y ejercita acciones y derechos de éste en virtud de una legitimación extraordinaria o de una sustitución procesal. Pero esto es sólo una explicación defectuosa acerca de la posición jurídica del asegurador. A éste le corresponde *proprio iure* el derecho de repetición que surge a su favor con el pago de la indemnización para dirigirse contra el responsable, y no sólo una legitimación de tipo extraordinario respecto de un derecho pretendidamente ajeno. La exclusión de esta acción de repetición del artículo 43 LCS de los supuestos de legitimación extraordinaria se basa en varias razones de entre las cuales MONTERO AROCA¹²⁷¹ ha señalado dos rotundas:

1ª) que, una vez pagada la indemnización al asegurado, mal puede el asegurador ejercitar las acciones y derechos *del asegurado* a la indemnización, cuando unas y otros se han extinguido ya con el pago; lo que ejercita el asegurador «es realmente un derecho propio, el de repetir»; y

2ª) que las cantidades reclamadas en virtud de ese derecho de repetición integran un crédito personal y propio del asegurador y éste lo hace suyo integrándolo en su patrimonio, y no en el de su asegurado.

Como bien dice JUAN SÁNCHEZ¹²⁷², «el asegurador es el titular de la relación jurídica deducida en juicio, característica propia de las reglas de legitimación ordinaria».

¹²⁷⁰ Así, p. ej., ORTELLS RAMOS (*Derecho procesal civil, cit.*, p. 126) ubica todavía este supuesto entre aquellos en los de sustitución procesal (= legitimación basada en la titularidad de un poder jurídico para hacer valer, en nombre propio).

¹²⁷¹ MONTERO AROCA, *De la legitimación, cit.*, pp. 349-350.

¹²⁷² R. JUAN SÁNCHEZ, “La mal llamada «acción subrogatoria» del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los artículos 43 y 82 LCS”, *Revista Española de Seguros*, núm. 145, enero 2011, p. 168.

6. Acción de cesación de las Comunidades de Propietarios

§. Tampoco puede verse una legitimación por sustitución en la acción de cesación de actividades prohibidas, dañosas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas contra el propietario u ocupante de una vivienda o local, regulada en el aptdo. 2 del artículo 7 LPH:

«Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas¹²⁷³.

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento».

§. El caso que contempla este artículo 7.2 LPH se encontraba –hasta la ley 8/1999, de 6 de abril– en el originario artículo 19 LPH¹²⁷⁴, cuya redacción daba

¹²⁷³ Las disposiciones generales a que se refiere este precepto son las contenidas en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que aprueba el Reglamento de industrias molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, todavía en vigor parcialmente, pero también las que desde esa fecha se han promulgado a nivel nacional, autonómico y local, por ejemplo, en materia de contaminación acústica, protección ambiental, etc.

¹²⁷⁴ Este artículo 19 LPH tuvo, hasta la Ley 8/1999, de 6 de abril, el siguiente tenor literal: “La infracción de las prohibiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 7 dará lugar al apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título. / Asimismo tendrá la junta acción contra el ocupante no propietario para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato, en su caso; pero sólo podrá ejercitarla cuando el titular no lo hiciere en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en requerimiento fehaciente. /

pie a considerar que la comunidad de propietarios actuaba por sustitución del propietario del piso o local cuando, requerido éste para hacer cesar al ocupante en la actividad en cuestión, la comunidad de propietarios se dirigía contra el ocupante no propietario «para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato». Inducida por la redacción de este precepto, la jurisprudencia lo trataba como un caso de sustitución procesal como muestra, entre otras muchas, la [SAP Barcelona \(Secc. 13ª\) de 11 de mayo de 1998 \(rec. 230/1997\)](#)¹²⁷⁵:

«la Comunidad de propietarios debe dirigirse en primer lugar al titular del local haciéndole saber la situación anómala creada por el ocupante (para que “espontáneamente”, inste las acciones judiciales oportunas contra el perturbador) y caso de inactividad del mismo “en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en el requerimiento fehaciente”, la Comunidad, por sustitución procesal y subrogándose en las acciones legales del copropietario podía acudir a los Tribunales, de Justicia, en demanda de tutela de su derecho (STS 12.3.81)».

Por lo mismo, esto es, por considerarlo un caso de sustitución procesal, también se negaba sistemáticamente que existiera un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que obligara a la comunidad a dirigir la demanda conjuntamente frente a ocupante y propietario de la vivienda o local, en el entendimiento de que, en virtud del requerimiento efectuado al propietario y ante su pasividad, la comunidad ejercitaba de forma subrogada los derechos de éste. Valgan, por todas, las palabras de la [SAP Madrid \(secc. 1º\) de 13 de diciembre de 2000 \(rec. 1048/1999\)](#):

«Ejercitada en la presente demanda la acción resolutoria del contrato de arrendamiento que autoriza el párrafo 2º del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con el último párrafo del artículo 7 de la citada Ley y opuesta por el demandado la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por cuanto no se demandó al propietario del piso arrendado, debe insistirse en que no es necesario para el éxito de la acción dirigir la demanda al mismo, toda vez que el precitado artículo 19 dispone que la Comunidad de Propietarios tendrá “acción contra el ocupante no propietario para obtener del juez el lanzamiento” actuando, por tanto, en sustitución del propietario a quien previamente es obligado requerir fehacientemente para que inste por sí mismo la acción, y sólo ante la inactividad de él puede actuar la Comunidad, sin que ello suponga indefensión alguna en el citado propietario que puede impugnar los acuerdos de la Junta y ejercer las acciones que crea pertinentes en defensa de sus derechos, tanto tras la notificación del acuerdo comunitario, como tras el requerimiento fehaciente al que hace referencia el párrafo segundo del artículo 19 de la L.P.H. Así lo indica expresamente el T.S. en Sentencia de 18 de julio de 1991 cuando dice que “el artículo 19 LPH, en su pfo. 2º, confiere a la Junta de propietarios una acción directa contra el ocupante del piso o local, y que asimismo tendrá la Junta acción contra el ocupante no propietario para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato, en su caso, pero sólo podrá ejercitarla cuando el titular no lo hiciere en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en requerimiento fehaciente, en cuyo supuesto, como ya tiene dicho esta Sala (S. 13 junio 1972), la ley

Para el ejercicio de las expresadas acciones judiciales se seguirán los trámites del proceso abreviado de cognición, siendo Juez competente el municipal o comarcal del lugar donde está la finca, salvo lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos”.

¹²⁷⁵ Vid. también la [SAP Barcelona \(Secc. 17ª\) de 8 de mayo de 1999 \(rec. 1256/1998\)](#).

faculta a la junta para subrogarse en el lugar del propietario y, por tanto, con los mismos derechos y obligaciones, por lo que cuando, en uso de la facultad que le confiere dicho precepto, la Junta de propietarios ejercita la acción correspondiente por subrogación o sustitución (S. 24 enero 1975) del titular de la misma (arrendador) ante la negativa de éste a ejercitarla, es obvio que dicho titular de la acción no tiene que ser llamado al proceso, pues su posición procesal, que habría de ser la de demandante, no la de demandado”. (En igual sentido las SS.T.S. de 27 Abril y 16 Julio 93)».

§. Actualmente se ha perdido interés en estudiar este supuesto que, por lo general, se considera una acción directa¹²⁷⁶; todo lo más CORDÓN MORENO la incluye, junto con el resto de acciones directas, en el género de la legitimación extraordinaria, por reconocerse a quien no es titular del derecho, mientras que MONTERO AROCA –con quien coincidimos– incardina este supuesto en la legitimación de tipo ordinario, aunque referida a situaciones jurídicas en las que no existe la afirmación de derecho subjetivo ni la imputación de una obligación¹²⁷⁷.

La legitimación de la comunidad de propietarios no es –en efecto– extraordinaria, ni lo es por sustitución de otra persona, sino que encuentra su explicación más sencilla en la existencia de un interés jurídico directo y propio allí donde resulta difícil afirmar la existencia de un verdadero derecho subjetivo privado porque nos encontramos ante verdaderos *límites o limitaciones de los derechos subjetivos* del propietario o del ocupante.

El derecho del propietario o del ocupante a decidir el uso del piso o local no es ilimitado; no ampara que puedan desarrollarse en él cualesquiera actividades, sin importar que estén prohibidas por la comunidad, o sean dañosas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Si estos actos son ejecutados por un arrendatario en contra de lo dispuesto en el contrato, obviamente al arrendador le asistirán verdaderos derechos subjetivos frente al arrendatario para poner fin a la situación. Pero fuera de este caso también es posible dispensar una tutela inhibitoria de esas conductas a favor de quienes resulta más difícil afirmar que sean titulares de un derecho subjetivo *stricto sensu*. Lo que ostentan son –aplicando aquí una idea de GARCÍA DE ENTERRÍA¹²⁷⁸– intereses jurídicos directos «reaccionales o impugnatorios» que acaban por fundar un verdadero derecho subjetivo público, que para nosotros es la acción en sentido concreto.

El carácter informe y expansivo que presentan los intereses jurídicos directos ha llevado con frecuencia al legislador a tipificarlos, como sucede precisamente en el aptdo. 2 del artículo 7 LPH, en el que Resulta difícil identificar un derecho subjetivo privado de la comunidad de propietarios que reciba su tutela a través de la acción de cesación contemplada en este precepto, pero en el que se evidencia la presencia de un interés jurídico directo como elemento legitimante. La mejor o peor fortuna del

¹²⁷⁶ Así, F. ARNAU MOYA, *Acción directa...*, cit., pp. 28 y 144 nota 23, y F. CORDÓN MORENO, “Artículo 10. Condición de parte procesal...”, loc. cit., p. 131.

¹²⁷⁷ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 188.

¹²⁷⁸ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre los derechos públicos subjetivos”, loc. cit., pp. 427-448.

legislador no debe llevar a confundir las acciones basadas en un interés jurídico directo con una legitimación sustitutiva. Lo que tratamos de decir es que:

1º) No hay sustitución procesal cuando la comunidad de propietarios, ejercitando *iure proprio* la acción del artículo 7 LPH, pretende, frente al ocupante y al propietario, además de la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la cesación definitiva de la actividad en cuestión con extinción del derecho del ocupante al uso de la vivienda o local y la condena a su desalojo. Desde la Ley 8/1999, de 6 de abril, queda mejor expresada la idea de que la comunidad de propietarios no sustituye al propietario cuando insta la privación de uso del ocupante, sino que defiende sus propios intereses. De un lado, la supresión del presupuesto previo consistente en haber requerido al propietario para que ejercite sus derechos permite ver con claridad que la comunidad no ejercita los derechos individuales de éste; de otro lado, además, el pfo. cuarto del artículo 7.2 LPH permite comprender ahora que estamos ante un caso de litisconsorcio pasivo necesario que obliga a que la demanda de la comunidad se dirija conjuntamente frente a ocupante y propietario. La mejor redacción que introdujo la Ley 8/1999 fue pronto entendida por los tribunales, como lo muestra la tempranera [SAP Alicante \(Secc. 7ª\) de 23 de noviembre de 2000 \(Rec. 697/2000\)](#):

«Tras la reforma aquellas conclusiones deben ser revisadas, decantándose parte de la doctrina, con criterio que esta Sala comparte, en el de que al no ser necesario el requerimiento previo al propietario -el artículo 7,2 párrafo segundo sólo se refiere a quien realice las actividades prohibidas-, si la comunidad dirige su acción contra el ocupante solicitando la extinción de los derechos que ostentaba sobre la vivienda o local, su legitimación no es indirecta o por sustitución, basada en la pasividad del titular dominical, sino directa, derivada del derecho que le confiere la Ley contra el ocupante que realiza una actividad prohibida (...) Por ello, no se trata de una acción de subrogación en la del dueño ocupando la comunidad el lugar del demandante que a aquél hubiera correspondido en el proceso seguido contra el infractor no propietario, sino del ejercicio de un derecho propio. Con la conclusión de que el propietario debe ser demandado (...)».

Y 2º) la tipificación de esta acción de cesación en el artículo 7.2 LPH no debe excluir que otro sujeto distinto de la comunidad de propietarios pueda –sin sustituir a nadie– pretender el cese de actividades que se extralimiten del uso que confiere el derecho de propiedad o el que ostente el ocupante de la vivienda o local cuando la esfera jurídica de aquél resulte alcanzada¹²⁷⁹.

Todo esto, trasladado a los términos del artículo 10 LEC, nos lleva a incardinar este supuesto en los del pfo. primero y a calificar como ordinaria la legitimación de estos sujetos basada en una situación de interés legítimo directo.

¹²⁷⁹ Supuesto éste que es el que analiza el [AAP Madrid \(Secc. 19ª\) de 19 de julio de 2010 \(rec. 62/2010\)](#), por el que se revocó el auto que puso fin al proceso en el trámite de audiencia previa al juicio por falta de legitimación activa de la demandante, que alegaba ser propietaria de una de las viviendas de la finca y vecina que padecía los ruidos que causaban los inquilinos de otra vivienda.

7. La legitimación del Ministerio Fiscal y de terceros con interés legítimo para pedir la nulidad del matrimonio

§. La legitimación para el ejercicio de acciones de nulidad matrimonial – limitada a la absoluta o de pleno derecho– que prevé el artículo 74 CC no mejora tampoco cuando se la explica como un supuesto de sustitución procesal, como se ha hecho en el pasado¹²⁸⁰.

El artículo 74 CC otorga acción para pedir la nulidad del matrimonio únicamente «a los cónyuges», dirigiendo uno su acción contra el otro, «al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella», en cuyo caso la acción impugnatoria del matrimonio deberá dirigirse contra ambos cónyuges.

Esta legitimación que, además de a los cónyuges, atribuye el artículo 74 CC «al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella» obliga a considerar, desde el prisma de la sustitución procesal, que los *sustituidos* son los cónyuges, que son los sujetos de la relación jurídica matrimonial, mientras que al Ministerio Fiscal y a los terceros con interés directo les correspondería el papel de sustitutos procesales. Pero ocurre: 1º) que estos pretendidos sujetos sustituidos están tan presentes en el proceso que son, precisamente, quienes ostentan la legitimación pasiva en ese proceso –son los demandados–, lo que difícilmente se aviene a los esquemas en los que se construye la sustitución procesal; y 2º) que aun siendo los cónyuges los sujetos de la relación jurídica matrimonial, a la acción constitutiva de nulidad no subyace un derecho subjetivo privado que los cónyuges “patrimonialicen” de forma que su ejercicio competa sólo a ellos¹²⁸¹. Al contrario, todos los ordenamientos han considerado desde antiguo que en el estado civil de las personas en general y en el que sigue del matrimonio en particular existe un interés público del Estado en que se ajuste a la realidad y en que no se vea alterado de forma fraudulenta; por este motivo, el fraude y el dolo en la

¹²⁸⁰ Así, CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, t. II (*Composición del proceso*), en su edición traducida y anotada por Alcalá Zamora y Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944 p. 44; y P. BIONDI, “Alcuni rilievi sulla posizione dogmatica del pubblico ministero agente”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. VII, Parte I, 1930, pp. 317-32, donde desarrolla sus ideas sobre «la salda analogía strutturale e funzionale tra il sostituto processuale ed il P.M. agente». Para el proceso canónico actual, *vid.* G. GARRALDA ARIZCUN, “La legitimación en el proceso declarativo de nulidad matrimonial”, en *Cuadernos Doctorales de Derecho Canónico. Excerpta e dissertationibus in Iure Canonico*, 1993, núm. 10, pp. 14-84 [v. e. disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/10650>], donde también califica de legitimación por sustitución la del promotor de justicia para impugnar, en vida de los cónyuges, la validez del matrimonio canónico (pp. 37 y ss.).

Se oponen, en cambio, a considerar al Ministerio Fiscal como sustituto procesal –entre otros– M. D’AMELIO, “Articolo 69”, en *Il nuovo Codice di procedura civile. Commentario*, dir. M. D’Amelio, libro primo, Turín, 1943, pp. 338-341 y, sobre todo, G. CRISTOFOLINI, “Sulla posizione e sui poteri del p.m. nel processo civile”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, II, pp. 41-43, para quien la consideración del Ministerio Fiscal como sustituto procesal «importa una complicazione superflua che non presenta alcun vantaggio».

¹²⁸¹ Recuérdese lo que se dijo a propósito de las acciones constitutivas de estado *supra* Cap. CI, Secc. I, epígrafe 5.3.1. Extrapatrimonialidad y acciones constitutivas de estado y capacidad de las personas, pp. 383 y ss., en sede de acción subrogatoria.

celebración del matrimonio siempre se ha sancionado con la nulidad y se han arbitrado mecanismos de persecución que hoy se traducen en normas de legitimación fundadas en interés público –la del Ministerio Fiscal– o en el interés jurídico de terceros perjudicados, conocidas en el pasado con otras denominaciones (el *ius accusandi* o la *denunciatio matrimonium* del antiguo proceso canónico¹²⁸²).

Estos supuestos encuentran, pues, una más que razonable explicación en la concesión por el ordenamiento jurídico de la titularidad de acciones de nulidad a favor del Ministerio Fiscal y de terceros con interés directo para pedir y obtener de los tribunales, en su propio nombre y derecho y sin sustitución de nadie, la nulidad matrimonial.

Consecuentemente, estimamos con MONTERO AROCA que nos hallamos ante una legitimación que, frente al artículo 10 LEC, debe reputarse de ordinaria, aunque referida a una situación jurídica en la que –aquí sí– «la legitimación va a tenerla únicamente quienes la norma dice»¹²⁸³. Discrepamos, en cambio, de la aseveración de este autor de que entonces «la atribución de legitimación se realiza en una norma de naturaleza sin duda procesal»¹²⁸⁴.

§. Si se tratara en verdad de una norma de naturaleza procesal, las legitimaciones del artículo 74 CC se aplicarían siempre en todos los procesos de nulidad matrimonial que se sustanciaran ante los tribunales españoles, como manda el artículo 3 LEC, por el carácter territorial de las normas procesales. Y, sin embargo, no es así. La legitimación en el proceso de nulidad matrimonial se encuentra vinculada –se quiera o no– al régimen sustantivo que regula la nulidad del matrimonio, que, según el artículo 107 CC, será el aplicable a su celebración¹²⁸⁵, sin perjuicio –claro está– de la aplicación de las normas de orden público del foro. Esta última salvaguarda explica la legitimación del

¹²⁸² Vid. M. L. JORDÁN, “El «ius accusandi» de los cónyuges en el proceso de nulidad matrimonial”, en *Ius canonicum*, 1965, vol. VVV, núm. 49, pp. 157 y ss. [disponible v.e. en <http://hdl.handle.net/10171/16963>], donde se expone la progresiva pérdida de connotaciones penales en el ejercicio las acciones de nulidad matrimonial hasta el actual *Codex Iuris Canonici* de 1983. En la actualidad el concepto de acusado se reserva para el juicio penal eclesástico (c. 1481.§2) y en el proceso de nulidad matrimonial se atribuye el «derecho a impugnar el matrimonio» (c. 1674) a «los cónyuges» (§ 1) y al «promotor de la justicia, cuando cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio» (§ 2). No obstante, todavía pervive esa idea en el c. 1675 («el matrimonio que no fue *acusado* en vida de ambos cónyuges no puede ser impugnado tras la muerte de uno de ellos o de los dos, a no ser que la cuestión sobre su validez sea prejudicial para resolver otra controversia, ya en el fuero canónico ya en el civil»).

¹²⁸³ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 192.

¹²⁸⁴ J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 184, desarrollado en pp. 482-483, donde examina esta cuestión pero sólo referida a la legitimación –nunca cuestionada– del Ministerio Fiscal.

¹²⁸⁵ Nótese que a la nulidad matrimonial no le es aplicable –en virtud de lo dispuesto en su artículo 1.2.c– el Reglamento UE 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Mientras no se instaure un régimen de cooperación reforzada también esta materia son aplicables, pues,

Ministerio Fiscal en todo proceso de nulidad matrimonial que se siga en España, aunque la *lex causae* no imponga su intervención ni establezca su legitimación, por la imbricación del Ministerio Fiscal en la defensa –*ex* artículo 124 CE– del interés público en los procesos en que está prevista su intervención en España. Sin embargo, la legitimación de terceros con interés directo sólo será admisible si y en la medida en que lo permita la *lex causae* que resulte aplicable en virtud de la norma de conflicto del Derecho español, que –esta sí– es aplicable de oficio en todo proceso que se siga en España¹²⁸⁶.

Nos brinda un ejemplo perfecto de lo que decimos el caso examinado en la [SAP Madrid \(Secc. 22ª\) de 4 de abril de 2014 \(rec. 128/2013\)](#), en la que Onésimo, hijo de la fallecida Isadora, ejercita contra el viudo José Miguel acción de nulidad del matrimonio contraído en Cuba por el demandado y la difunta madre del demandante, por tener ésta mermadas sus facultades mentales. El demandado alegó la falta de legitimación activa del hijo porque, según el artículo 46 del Código de Familia cubano, carecía de legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial, que debía regirse por la ley cubana *ex* artículo 107 CC. El Ministerio Fiscal, aunque discrepó de esta alegación del demandado, se opuso a la nulidad pretendida. La sentencia del Juzgado desestimó la demanda por falta de legitimación activa del hijo y esta decisión fue confirmada por la AP (la cursiva es mía):

«es lo cierto que, en el supuesto que nos ocupa, el matrimonio cuya nulidad se postula se celebró en la República de Cuba entre una ciudadana española y un súbdito cubano, lo que, a falta de pacto formalizado a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 9.2, nos lleva necesariamente, en orden a determinar la legislación aplicable respecto de la acción entablada, al derecho cubano, representado por el Código de Familia de 14 de febrero de 1975, cuyo contenido se acredita mediante la certificación notarial aportada por el demandado junto con su escrito de contestación a la demanda, y cuyo ajuste a dicha legalidad no ha sido puesto en duda por ninguna de las partes en el curso del procedimiento. En consecuencia, *a dicha normativa habrá de estarse, tanto en lo concerniente a las causas de nulidad matrimonial, según lo prevenido en su artículo 45, como en lo que se refiere a la titularidad de la acción para solicitar tal declaración judicial, que su artículo 46 atribuye exclusivamente a los cónyuges y al Fiscal.*

Queda así excluida la impetrada aplicación al caso del artículo 74 del Código Civil español, en el que el demandante trata de apoyar su presencia en la presente contienda, que tampoco ha sido iniciada a instancias del Ministerio Fiscal quien, a pesar de sostener que la cuestión de fondo debe ser resuelta de conformidad con el derecho vigente en nuestro país, en la hipotética posición de demandante que pudiera haber asumido acaba por solicitar el rechazo de la declaración anulatoria del matrimonio, por no constar la ausencia de consentimiento o los vicios invalidantes alegados por el demandante».

¹²⁸⁶ Lo expresa el artículo 12.6.I CC: «los Tribunales y las autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español», que es el que, en materia de nulidad matrimonial y sus efectos, desencadena la aplicabilidad del artículo 107.1 CC: «la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración».

8. El “albacea de la memoria del difunto” y el “albacea artístico”

§. La LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LOPCDH) y la LPI suministran dos supuestos que la doctrina procesalista acostumbra a tratar como de legitimación directa sin adentrarse demasiado en su estudio. Se trata del que cabe denominar –con ciertos civilistas– “albacea o defensor de la memoria” y del “albacea artístico”, que, en contra de esta opinión mayoritaria, sí cabe relacionar con la sustitución procesal como se advierte si nos detenemos a considerar su régimen jurídico¹²⁸⁷.

8.1. EL EJERCICIO *POST MORTEM* DE LAS ACCIONES RELATIVAS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN A TRAVÉS DEL “DEFENSOR DE LA MEMORIA”

§. Los artículos cuarto, quinto y sexto LOPCDH regulan el ejercicio *post mortem* de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de persona fallecida de un modo más completo de lo que la LPI lo hace para el llamado “albacea artístico”, en los siguientes términos:

«Artículo cuarto

Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Cuatro. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores.

Artículo quinto

¹²⁸⁷ No incluimos en este estudio de ejercicio *post mortem* el relativo al derecho de rectificación de datos inexactos, porque no interviene ningún tercero que pueda identificarse como sustituto procesal; el artículo 1.II de la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación confiere la legitimación material a los herederos y sus representantes, sin interponer en su ejercicio a ningún otro sujeto, ya designado por el difunto o no.

Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Artículo sexto

Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere».

La dogmática tradicional civilista justifica estos preceptos en la existencia, pese al fallecimiento de la persona física, de «derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita (...) que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer (...) por ciertas personas como gestores de la buena memoria: no como derechos propios» (LACRUZ¹²⁸⁸). La doctrina más actual¹²⁸⁹ matiza que no son los derechos *de la persona fallecida* los que ejercen estas personas¹²⁹⁰, sino que defienden la *memoria defuncti* misma¹²⁹¹; y que, aunque lo hacen en tanto se ven afectados personal y familiarmente, puede no existir esta afectación propia y sí en cambio sólo la de la *memoria defuncti*. De ahí que se hable de «defensores de la memoria» y que, de entre ellos, nosotros vayamos a fijarnos, en concreto, en el que se ha dado en

¹²⁸⁸ J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. II. Personas*, Barcelona, 1990, p. 28, citado por M. ALONSO PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, ponencia v.e. disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.ht ml>. En la misma línea, también en el preámbulo de la LOPHI se habla de prolongación de la personalidad del difunto: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente” (párrafo 8º del preámbulo que abre la LOPHIPI).

¹²⁸⁹ Vid. M. ALONSO PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto...”, *loc. cit.*; M. RAMOS GUTIÉRREZ, *La protección de la memoria defuncti*, tesis inédita dirig. E. LLAMAS POMBO, Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho privado, 2012, pp. 82 y ss. [disponible v.e. en http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121403/1/DDP_RamosGutierrezMercedes_Tesis.pdf]; y M. E. COBAS COBIELLA, “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero 2013, pp. 112-129 [disponible v.e. en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4789187.pdf>].

¹²⁹⁰ Negación que ya proclamó el TC en su [STC \(Sala 2ª\) de núm. 231/1988, de 2 de diciembre](#), primera dictada tras la promulgación de la LOPHIPI, en el caso de la difusión de las imágenes de la cogida mortal del torero “Paquirri”, y que desde entonces ha repetido en cuantos recursos de amparo le han llegado.

¹²⁹¹ Vid., ALONSO PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto...”, *loc. cit.*

llamar “albacea de la memoria” (YZQUIERDO TOLSADA¹²⁹²), designado testamentariamente por el finado (aptdo. uno del artículo cuarto LOPCDH).

Dejamos fuera el supuesto de que ejerciten la acción correspondiente el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento, por la razón de que, si bien pueden ser “defensores de la memoria” (aptdo. dos del artículo cuarto LOPCDH) y en tal caso es claro que no lo hacen por vocación sucesoria, resulta que son los acreedores de los daños morales que pueden resultar de las pretensiones condenatorias del proceso y, además, serán raros los casos en que estas personas no deduzcan *iure proprio* la intromisión ilegítima a la memoria del familiar difunto como intromisión en sus propios derechos a la intimidad familiar y a la propia imagen. En estas circunstancias el papel de estos familiares como “defensores de la memoria” no es la de un sustituto procesal, porque lo serían de sí mismos, sino de legitimación que hay que estimar que es ordinaria¹²⁹³.

§. Si traemos este supuesto como uno de los susceptibles de ser considerados hipótesis de sustitución procesal no es, obviamente, porque entendamos que este “albacea de la memoria” sea un sustituto procesal del difunto, aunque, en palabras de ALONSO PÉREZ, estas personas –todos los mencionados en el artículo cuatro LOPCDH- «vienen a ser fiduciarios o procuradores *in rem alienam*» que actúan «*alieno iure*, en atención exclusiva al buen nombre del difunto»¹²⁹⁴. La razón de incluirlo inicialmente como hipótesis de sustitución procesal se encuentra en que el beneficio económico de su actuación procesal –las acciones de condena al pago de daños y perjuicios– no es para sí mismo, sino para «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento», aunque no está nada claro que así hayan de formularse las pretensiones de condena, trascendiendo el ámbito externo de las relaciones entre el este albacea y los beneficiarios de las indemnizaciones.

§. De la violación del derecho fundamental surge un derecho de contenido patrimonial a ser resarcido de los daños y perjuicios, que sólo puede ser moral tratándose de la memoria de personas difuntas, y que sí es transmisible *mortis causa*. Esta cuestión se encuentra regulada en el aptdo. cuatro del artículo noveno (la cursiva es mía):

«Cuatro. *El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados.* En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

¹²⁹² M. M. YZQUIERDO TOLSADA, “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por L. F. Reglero, Madrid, 2002, p. 1158, citado por M. ALONSO PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto...”, *loc. cit.*

¹²⁹³ En esta línea, MONTERO AROCA incluye el supuesto entre la legitimación ordinaria prevista en una norma especial de legitimación (*De la legitimación...*, *cit.* p. 186).

¹²⁹⁴ ALONSO PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto...”, *loc. cit.*

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella».

Cuando la vulneración del derecho fundamental se produjo en vida del titular del derecho, la indemnización se integra en el caudal relicto y, aunque su ejercicio correspondería al administrador de la masa hereditaria como representante según hemos visto¹²⁹⁵, debe preferirse en esta puntual cuestión – por el principio de especialidad- a este “albacea de la memoria”.

Cuando la vulneración a la *memoria difuncti* se produjo *post mortem*, los beneficiarios son el cónyuge viudo, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona fallecida que viviesen al tiempo de su fallecimiento y, en su defecto, sus causahabientes. Toda estas personas pueden ocupar el papel de “defensor de la memoria”, pero se ven desplazados si el difunto designó nominalmente a otra persona, física o jurídica. Y a falta de todos, el ejercicio está encomendado legalmente al Ministerio Fiscal.

Desde el terreno procesal, la percepción mayoritaria es la de ver en el “defensor de la memoria” legitimación propia o directa; estos defensores –dice MONTERO AROCA refiriéndose a todos los señalados para el ejercicio de derechos morales– «no actúan, desde luego, por sustitución, sino por la legitimación que les confiere de modo directo la ley»¹²⁹⁶. No se advierte, pues que se pueda predicar de estos albaceas la condición de sustitutos procesales, pues ni lo son de quienes carece capacidad jurídica (el finado), ni de quienes tienen siquiera una exceptativa de derecho económico a menos que el albacea emprenda el proceso de tutela del derecho moral.

8.2. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS MORALES DEL AUTOR FALLECIDO: EL ALBACEA ARTÍSTICO

§. Un supuesto similar al “albacea de la memoria” se encuentra regulado, en materia de derechos morales de autor, en los artículos 15 y 16 LPI, que llevan por rúbrica –respectivamente– la «legitimación *mortis causa*» y la «legitimación por sustitución»:

«Artículo 15. Supuestos de legitimación «mortis causa».

1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.

2. Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante

¹²⁹⁵ Vid. *supra*, Parte II, aptdo. 2. Sustitución, masas hereditarias y comunidades de bienes..

¹²⁹⁶ MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 196. En cambio, relacionan este supuesto con la sustitución procesal

un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40.

Artículo 16. Sustitución en la legitimación «mortis causa».

Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo».

Estos artículos operan con independencia de la transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales del autor fallecido; sólo se refieren a ciertos derechos morales de autor, que actúan como límites al ejercicio de aquellos otros patrimoniales, y que en concreto consisten en exigir el reconocimiento de la autoría de la obra (artículo 14.3 LPI), en defender su integridad e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (artículo 14.4 LPI) y –en el caso de obras póstumas– en decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (artículo 14.1 LPI).

En el plano jurídico-material¹²⁹⁷ la justificación de estas “legitimaciones *mortis causa*” se encuentra en defender el vínculo del autor con su obra, su memoria pretérita como autor, lo que le permite a éste designar en su acto de última voluntad a la persona física o jurídica que actuará como “albacea artístico”; en su defecto o cuando se ignore el paradero del sujeto designado, el ejercicio *post mortem* de tales derechos morales corresponde –sucesivamente– a los herederos (pero no por ser sucesores *mortis causa*, que no lo son en este supuesto, sino porque el artículo 15.2 LPI los designa *per relationem*), al Estado, a las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones locales y a las instituciones públicas de carácter cultural.

La doctrina discute si, pese al carácter de morales, existe transmisión *mortis causa* del derecho mismo del autor o, por el contrario, el fallecimiento determina su extinción, pero surgen otros derechos morales que sirven a los intereses –personales, culturales o económicos– de las personas que los ejercitan *post mortem auctoris*.

§. Sea como fuere, desde el plano procesal tampoco no se acaba de ver una legitimación extraordinaria ni, específicamente, una sustitución procesal en los supuestos que examinamos, a pesar de la terminología legal.

Si esta suerte de derechos morales no se integran en el caudal relicto, no hay motivo para pensar que el albacea artístico actúe como representante de la masa hereditaria, pero tampoco como representante *post mortem* del autor¹²⁹⁸. El fallecimiento del autor y, con él, su pérdida de capacidad jurídica y para ser

¹²⁹⁷ Vid., L. B. PÉREZ GALLARDO, “Las obras póstumas”, en *Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas*, coord. E. Serrano Gómez, Madrid, 2014, pp. 85 y ss.;

¹²⁹⁸ Así lo ve, en cambio, JUAN SÁNCHEZ, quien, no obstante reconocer que la demanda no puede presentarse en nombre del finado, no dejan de ser los derechos morales de éste “los que están en juego a través de un representante de los mismos” (*La legitimación en el proceso civil*, cit., p. 260).

parte, impide hablar –salvo metafóricamente– del albacea artístico como representante del finado y, por lo mismo, como su *sustituto* procesal. La relación pretérita del autor con su obra se acaba como tal con el fallecimiento del autor y si, pese a la muerte, subsisten estos derechos es porque entonces la relación jurídica con la obra se entabla con estos otros sujetos.

Sea como fuere su construcción jurídico-material, no nos ofrece duda que estamos ante un caso de legitimación material ordinaria o propia de los sujetos así designados voluntaria o legalmente, ni que, en los términos el artículo 10.I LEC, se presentarán en el proceso como los titulares, si no “de la relación jurídica”, sí al menos de la situación jurídica que constituirá “el objeto litigioso”, porque a ellos está confiada su defensa frente a terceros o, llegado el caso, frente a los sucesores *mortis causa* del autor¹²⁹⁹.

El fallecimiento del autor y, con él, su pérdida de capacidad jurídica y para ser parte, impide hablar –salvo metafóricamente– del albacea artístico como representante del finado y, por lo mismo, como su sustituto procesal. La relación pretérita del autor con su obra se acaba como tal con el fallecimiento del autor y su, pese a la muerte, subsisten estos derechos es porque entonces la relación se entabla con estos otros sujetos. No nos ofrece duda que estamos ante un caso de legitimación material ordinaria o propia de los sujetos así designados voluntaria o legalmente, ni que, en los términos del artículo 10.I LEC, se presentarán en el proceso como “sujeto de la relación jurídica u objeto litigioso”, pues a ellos está confiada su defensa frente a terceros o, llegado el caso, frente a los mismos sucesores *mortis causa* del autor.

9. Reclamación de alimentos a favor de mayores de edad.

§. El artículo 93 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 11/1990, contempla, en su párrafo segundo, la posibilidad, en el entorno del procedimiento matrimonial, de fijar alimentos en pro de los hijos mayores de edad de los cónyuges litigantes, condicionando la sanción judicial de tal medida a que los referidos descendientes residan en el domicilio familiar y carezcan de autonomía económica:

«si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijara los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss de este código»

Dicha modificación ha sido entendida como un caso de legitimación por sustitución, en virtud de la cual los progenitores pueden ejercitar «en nombre» de sus hijos –dice la ley respecto de los menores de edad– a los fines referidos, que es de establecer o dejar el modo en que los progenitores deben contribuir a los alimentos, en el amplio concepto que recoge el artículo 142 CC, comprensivo no solo del sustento sino también de la habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y gastos de embarazo y parto, si bien era necesario que convivieran con ellos en el domicilio familiar y carecieran de ingresos propios.

¹²⁹⁹ En el mismo sentido, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., p. 196.

§. Las distintas teorías que se han manejado para explicar la legitimación de los progenitores en estos casos se recoge en la ilustrativa [STS \(Sala 1ª\) núm. 411/2000, de 24 de abril de 2000 \(rec. 4618/1999\)](#), en la que se aborda el análisis así:

«(...) El art. 93, párrafo 2º del C.C., tiene como presupuesto de hecho un fenómeno social: la permanencia en el hogar de los hijos mayores de edad o emancipados que, por razón de estudios o por la generalizada situación de paro juvenil, han de vivir a cargo de sus progenitores. Responde a una determinada finalidad: resolver la situación de aquellos hijos en el marco del tratamiento jurídico de las situaciones de crisis matrimoniales, pues a tal conclusión debe llegarse atendiendo a la colocación sistemática del precepto en el conjunto normativo que bajo la rúbrica "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", se desarrolla en el cap. IX, Título IV, Libro primero del Código Civil (arts. 90 a 101). Si esa caracterización del precepto ha recibido amplio respaldo en la doctrina no ha ocurrido lo mismo respecto a su articulación instrumental que, en punto a la determinación del derecho a la acción, esto es a la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de los alimentos de los hijos a los que conviene la hipótesis típica. Ciertamente el precepto admite, en su estricta literalidad, interpretaciones diversas que se han manifestado en resoluciones judiciales distintas respecto de esa misma situación típica. Sin considerar matices, son dos las posiciones antitéticas que se han mantenido. Una, que reconoce legitimación al cónyuge progenitor, bien como legitimación directa basada en la existencia de un interés propio, bien como legitimación por sustitución que opera sobre la base de un acto expreso o tácito de arrendamiento o al menos de no oposición formal del hijo, o acudiendo a la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato. La contraria, que negando esa legitimación la atribuye al hijo en cuanto titular del derecho a alimentos, si bien admitiendo que el ejercicio de esa acción pudiera tener lugar en el proceso especial matrimonial. Una y otra posición se enfrentan con el problema de encontrar la base sustantiva en que apoyar la legitimación *ad causam*, determinada por el Derecho material, esto es, como ha señalado la jurisprudencia, por la relación de las partes con el objeto u objetos del proceso.

III.- La sentencia contra la que se interpone este recurso opta por una interpretación literal y reduccionista, que o bien puede conducir a la esterilidad del precepto o inducir a contradicciones intrasistémicas de naturaleza procesal rompiendo la estructura personalista de los procesos especiales matrimoniales (...) que atribuyen en exclusividad la legitimación activa y pasiva a los cónyuges (salvo el supuesto de intervención del M.F.), como señaló la STS de 26 de mayo de 1982. Según la fundamentación jurídica de la citada sentencia, el art. 93 del C.C., reformado por la Ley de 15 de octubre de 1990, permite la fijación de alimentos para el hijo mayor de edad en los procesos matrimoniales pero corresponde al hijo el derecho a reclamarlos, no al cónyuge, que carece de legitimación por haberse extinguido con la mayoría de edad la patria potestad. Fijar los alimentos en virtud de reclamación del progenitor sin siquiera audiencia del hijo daría lugar, sigue diciendo la sentencia, a la vulneración de los principios de audiencia plasmados en el art. 24 de la C.E. Esa línea argumentativa se apoya en lo que va a constituir el núcleo de la tesis: la interpretación literal del inciso final del párrafo 2º del precepto: "...fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código". De ahí se hace derivar la remisión in totum a la regulación de los alimentos contenida en los preceptos citados y la afirmación de que siendo titulares de ese derecho los hijos mayores, a ellos solamente, no al cónyuge compete el derecho de acción para su reclamación en juicio, es decir, la legitimación activa. Ese

pronunciamiento del fallo infringe el art. 93, párrafo 2º al negarla el derecho a accionar frente a su cónyuge reclamando alimentos para sus hijos mayores de edad como obligación de contribuir a su sostenimiento. Su derecho a la tutela judicial resuelta, en consecuencia, igualmente vulnerado (...).

Esa prestación alimenticia se define en términos generales en el art. 93, párrafo 1º, como contribución de ambos cónyuges, que puede ser acordada convencionalmente en el Convenio regulador (art. 90 C), o fijada en el proceso contencioso matrimonial. Consiguientemente, el progenitor que de facto está asumiendo la carga familiar que representan los hijos mayores -en la situación determinada- tiene un derecho propio a exigir del otro la contribución que le corresponda en ese régimen de corresponsabilidad impuesto en el art. 93. Actúa de iure proprio, si bien interés de los hijos, y en esa calidad o condición recibirá la pensión que administra como mantenedora del hogar familiar en cuyo seno permanecen los hijos mayores. En ese sentido, son equiparables los alimentos que se señalan para los menores que los que fijan para los mayores a cargo. Si la reclamación para los primeros no se hace separadamente en el proceso por alimentos sino como derecho a exigir del otro progenitor su aportación o contribución a una obligación directamente derivada de la patria potestad, la reclamación para los segundos debe seguir el mismo régimen procesal conforme a la razón finalística a que obedece el precepto. El progenitor a cargo ejercita una acción en interés propio, pero en beneficio de los hijos, no actúa como gestor de negocios ajenos, ni precisa autorización o apoderamiento, de hecho subyacente por la circunstancia de la permanencia voluntaria del hijo mayor en el hogar familiar. Configurados los alimentos como contribución a establecer en el proceso matrimonial, en definitiva como una carga familiar que debe ser repartida entre ambos cónyuges, el progenitor a cargo ejercita una acción propia, aunque de ella derive el beneficio para los hijos

§. Lo que, en definitiva, se trata es que en los procesos matrimoniales no se admite más legitimación activa o pasiva que la que corresponde a los progenitores y ambos son, aunque de distintas formas en función de cómo quede determinada la guarda y custodia, deudores de la prestación alimenticia, cuyo reparto es el que constituye el objeto de la cognición judicial en este punto. No hay, pues, ni representación, ni legitimación extraordinaria, sino que, antes, el problema viene resuelto cuando se precisa el objeto mismo de esta pretensión, que no versa directamente sobre el derecho que corresponde al hijo común a obtener los alimentos legales de sus progenitores, sino el reparto que equitativamente corresponde a cada uno de estos, sin legitimación por sustitución del hijo mayor “dependiente”.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La noción de sustitución procesal ha sido objeto de una progresiva construcción dogmática, que no siempre la ha dotado de perfiles estables. En el momento presente, sin embargo, existe un consenso científico en torno a que hablar de sustitución procesal es sinónimo de referirse a situaciones en las cuales un sujeto ejerce en un proceso civil derechos declaradamente ajenos en su propio provecho.

SEGUNDA

La determinación de lo que hoy se entiende por sustitución procesal es fruto de su propia historicidad o, si se prefiere, del acarreo histórico de los supuestos que, de forma tradicional, se han considerado manifestaciones de esta pretendida institución jurídica. Ha existido al respecto una importante heterogeneidad, que a su vez es expresión de la propia evolución que ha experimentado esta figura y la construcción dogmática en relación con los sujetos que protagonizan el proceso civil.

TERCERA

La aparición y la incardinación de la sustitución procesal en la teoría general del derecho deben atribuirse a Josef Kohler, que puso las bases para contemplarla como fenómeno de perfiles netamente procesales, como un poder o facultad enderezado al ámbito del proceso. A partir de ahí su estudio y tratamiento se generalizaron en la doctrina alemana posterior, aunque sus desarrollos posteriores apenas han tenido repercusiones en nuestro sistema.

CUARTA

El segundo impulso a la hora de elevar esta figura a la categoría de auténtica institución procesal obedece a la importación por la doctrina italiana de las primeras bases sentadas al respecto en Alemania. A Giuseppe Chiovenda debemos la traslación de esta figura a otros supuestos y, paradigmáticamente, a la acción subrogatoria, no identificable como tal en el Derecho alemán.

QUINTA

Las primeras nociones y formulaciones de la sustitución procesal dieron pie a la doctrina italiana para profundizar en el estudio dogmático en torno a los sujetos del proceso y a la autonomía del derecho de acción, que sirvió a su vez para alumbrar la construcción del concepto de legitimación en el proceso, a partir precisamente de los fenómenos de disociación entre titularidad del derecho que es objeto del proceso y titularidad del derecho de acción, que se consideran característicos de los fenómenos de sustitución procesal.

SEXTA

La concepción actualmente vigente y predominante en nuestro ordenamiento en relación con la sustitución procesal se explica sobre las dos siguientes afirmaciones: la doctrina española ha recibido *tardíamente* el concepto de sustitución procesal y se ha centrado en analizar su presencia en figuras preexistentes en nuestro Derecho material; la doctrina española ha recibido el concepto de sustitución procesal *a modo de producto final*, tal y como se había fraguado previamente en la doctrina e incluso en la legislación italiana. La ausencia de una noción clara de legitimación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 explica, en gran medida, lo anterior.

SÉPTIMA

En las coordenadas actuales de evolución de nuestra doctrina y de nuestra legislación, se pretende enmarcar a la sustitución procesal dentro de la teoría de la legitimación en el proceso civil declarativo y, más en concreto, dentro de la categoría de la legitimación extraordinaria.

OCTAVA

El estudio y la configuración actual de lo que sea la sustitución procesal se hallan directamente influidos por la figura de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, presentada como paradigma de ejercicio por un sujeto (el acreedor) de los derechos declaradamente ajenos de otro (el acreedor intermedio). Esta fuerte identificación con la acción subrogatoria es la fuente de los equívocos y sobreentendidos acerca de la sustitución procesal.

NOVENA

Sin precedentes en nuestro Derecho histórico, el artículo 1111 del Código Civil obedece a la importación de la *action oblique* del Código napoleónico, que la alejó a su vez de sus genuinos orígenes romanos en el *pignus in causa iudicati captum*. Una recta intelección de la acción subrogatoria, de su fundamento y de su función conduce a ponerla al servicio del embargo de créditos y derechos no fácilmente realizables, por resultar controvertidos. En consecuencia, no es una figura que pretenda resolver cuestiones relativas a la legitimación de las partes en el proceso declarativo, sino brindar una herramienta –un puro expediente de técnica procesal, si se prefiere– para la mejor tutela del acreedor en el marco del proceso de ejecución.

DÉCIMA

Junto a la acción subrogatoria, la doctrina agrupa bajo la noción de sustitución procesal un aluvión de supuestos, nada homogéneos entre sí, que presentarían a pesar de todo el rasgo común de comportar el ejercicio judicial de derechos ajenos. En la mayor parte de los casos se trata de un error de enfoque sobre la trabazón de relaciones jurídico-materiales en situaciones complejas o plurisubjetivas. El análisis casuístico revela cómo en muchos de estos supuestos no hay ni sustitución procesal ni legitimación extraordinaria alguna,

sino una genuina atribución de legitimación propia a sujetos que se hallan en posiciones jurídicas merecedoras de tutela judicial autónoma.

DÉCIMA PRIMERA

De forma singular, debe excluirse la posibilidad de que en nuestro ordenamiento se produzca una gestión procesal de negocios ajenos. Las exigencias de legitimación en el proceso civil no consienten que las circunstancias de la situación legitimante de un sujeto –en este caso, la utilidad de la gestión para el *dominus litis* merced a la iniciativa altruista del gestor oficioso– sobrevengan y no sean preexistentes en el ámbito jurídico material antes del inicio del proceso.

DÉCIMA SEGUNDA

Vincular sustitución procesal y legitimación extraordinaria, como viene haciéndose por nuestra doctrina, comporta también condicionar la suerte de la sustitución procesal a la evolución en la intelección de lo que sea la legitimación extraordinaria. Y ocurre que, en rigor, la legitimación extraordinaria no tiene un contenido conceptual definido, sino que se trata más bien de un recurso expresivo: son demasiados, y demasiado heterogéneos entre sí, los pretendidos supuestos de legitimación extraordinaria aparentemente existentes en nuestro ordenamiento; y ello impide apreciar la existencia de una realidad susceptible de ser elevada con rigor a la categoría de institución jurídica.

DÉCIMA TERCERA

En el momento presente, una distinción entre legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria que pretenda sostenerse en la titularidad o no por parte del demandante de los derechos que se llevan al proceso es incorrecta, pues obedece a una errónea impostación. Son siempre propios los derechos e intereses que se hacen valer en el proceso en provecho propio y conviene dejar limitada la figura de la representación al ejercicio de los derechos de otro en beneficio de ese sujeto representado.

DÉCIMA CUARTA

El único elemento relevante de la concepción de la legitimación extraordinaria actual es la necesidad de habilitación legal, como reflejo de la necesidad de que sea el legislador quien delimite cuáles son los supuestos en que merece tutela judicial concreta el sujeto protagonista de una situación jurídica compleja que hasta ese momento no reúne los requisitos para conceptuarse como derecho subjetivo privado *stricto sensu*. Ahora bien, debe observarse que la propia habilitación legal, que se diría paradigma de legitimación extraordinaria, eleva el interés fáctico del legitimado a la categoría de interés jurídico y permite considerar que su legitimación es propia u ordinaria.

DÉCIMA QUINTA

Siempre en el terreno de la defensa de los derechos individuales, el legislador atribuye legitimación a través de normas expresas como forma de dar

satisfacción a las aspiraciones de tutela judicial de sujetos que se hallan en situaciones que, siempre a juicio del legislador, la merecen; más aún, puede sostenerse que a través de esta atribución legal en realidad el legislador simplemente otorga su refrendo al carácter jurídico y tutelable de intereses legítimos, con el objetivo de ofrecer una seguridad jurídica a justiciables, jueces y abogados, derivada en rigor del propio artículo 24 CE.

DÉCIMA SEXTA

Aunque de forma tal vez inadvertida, la sustitución procesal se ha venido utilizando como fórmula para explicar la atribución extraordinaria de legitimación a sujetos que no serían titulares de los derechos o intereses hechos valer en el proceso. En otros términos, a través de la sustitución procesal, se aspira a explicar el tránsito desde el mero interés fáctico de un sujeto hasta el reconocimiento de que está facultado para pretender ante un tribunal la defensa de su posición jurídica cuando ese interés se vea lesionado o menoscabado.

DÉCIMA SÉPTIMA

El reconocimiento de que, en realidad, cuando se trata de situaciones jurídicas individuales, no es precisa ni la tipicidad de la norma habilitante, ni la propia categoría de la legitimación extraordinaria, arrastran a la sustitución procesal a perpetuarse como algo obsoleto y desprovisto de auténtica funcionalidad práctica. Lo relevante son los términos en que se construyen las situaciones jurídicas tutelables, cuyo enjuiciamiento corresponderá en cada caso concreto a los tribunales.

DÉCIMA OCTAVA

En consecuencia, más allá de ser un concepto descriptivo y didáctico dentro del terreno más general de la legitimación en el proceso civil, la sustitución procesal no reúne la homogeneidad suficiente para poder ser considerada una categoría procesal autónoma. (i) No es posible delimitar un ámbito estable de supuestos comprendidos en ella, pues en el fondo todo cuanto se ha venido diciendo de ella es tributaria de la imagen que devuelve una intelección preconcebida de la acción subrogatoria como ejercicio de los derechos de otro “pero sin el otro”. (ii) La pretendida existencia de norma habilitante expresa no es característica de la sustitución procesal. (iii) Y tampoco acompaña a la sustitución procesal la pretendida extensión *ultra partes* de los pronunciamientos de la sentencia frente al llamado sujeto sustituido. Esta extensión, en situaciones singulares, por complejas que sean, resulta incompatible con el principio jurídico natural de audiencia y con el derecho fundamental de defensa.

DÉCIMA NOVENA

No es admisible servirse de una hipotética construcción acabada de la sustitución procesal como herramienta que permita consumir el ejercicio por terceros de facultades que en modo alguno deben estarles encomendadas y de soslayar la protección y las garantías procesales que merecen los sujetos pretendidamente sustituidos y que, en realidad, no son sino coprotagonistas de

las situaciones jurídicas complejas que subyacen y que pueden verse indebidamente preteridos en el proceso en el que éstas se definen, con consecuencias materiales directas sobre su propia esfera jurídica.

VIGÉSIMA

Una reconstrucción de lo que subyace a la noción clásica de sustitución procesal debería centrarse en dos cuestiones adicionales a aquéllas que han predominado hasta ahora: de un lado, la ya mencionada necesidad de garantizar los derechos procesales de todos los sujetos involucrados en la situación jurídica litigiosa; de otro, no debe dejarse en penumbra la situación de sujeción en que se encuentra el sujeto “sustituido” respecto de la facultad, a veces exacerbada como poder, que corresponde al pretendido sustituto procesal. La denominación que se otorga a los sujetos que se encuentran en dichas posiciones no es fiel reflejo de la realidad: ni hay sustitución en el ejercicio del derecho ajeno, ni esa pretendida sustitución autoriza a prescindir en el proceso de la presencia del sustituido.

BIBLIOGRAFÍA

ACCURSIUS, F., *Codex Justiniani*, París, 1559.

ACEDO PENCO, A., *Introducción al Derecho privado*, Madrid, 2013.

ALBÁCAR, J. L. y SANTOS BRIZ, J., “Comentario al art. 1869”, en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., t. VI, Madrid, 1991.

ALBADALEJO, M., “Artículo 1111”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albadalejo), t. XVI, vol. 2, Madrid, 1981.

ALBIÑANA, I., “La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en caso de concurso del contratista”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 25, 2010, pp. 96-102.

ALCALDE SILVA, J., “El «commodum repraesentationis» del artículo 1677 del «Código Civil» de Chile», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII, 2007, pp. 37-161 [v.e. disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200001>].

ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, reimpr. 1992.

- “Gestione d'affari e processo”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1936, pp. 164-174.
- “Mancata sottoscrizione, vizio di rappresentanza e ratifica nella citazione”, en *Giurisprudenza italiana*, 1946, pp. 169-162.
- “Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire”, en *Problemi di Diritto*, vol. 1, Milán, 1957, pp. 195-207.
- “Diatriba breve sulla legittimazione ad agire”, en *Problemi di Diritto*, vol. 1, Milán, 1957, pp. 209-226.

ALONSO PÉREZ, M., “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación” [v.e. disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>]

ANDRIOLI, V., “Articolo 81”, en *Commento al Codice di procedura civile*, vol. I (*Disposizioni generali del processo di cognizione*), Nápoles, 1941.

- *Commento al Codice di procedura civile*, vol. I (*Disposizioni generali del processo di cognizione*), 2ª ed., Nápoles, 1943.
- “Articolo 77”, en *Commento al Codice di procedura civile*, vol. I (*Disposizioni generali del processo di cognizione*), 3ª ed., Nápoles, 1961.
- *Lezioni di Diritto processuale civile*, parte 1ª, Nápoles, 1959.
- *Diritto processuale civile*, vol. 1, Nápoles, 1979.

ARMENGOT VILAPLANA, A., “La actuación procesal de la SGAE para la efectividad del porcentaje por taquilla (artículo 90.3 de la LPI). Una reflexión sobre la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de octubre de 1991”, en *Actualidad Civil*, núm. 12, 17 al 23 de marzo de 2003, pp. 291-310.

ARMENTA DEU, T., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. J. MUERZA ESPARZA, I. TAPIA FERNÁNDEZ), vol. I, Navarra, 2001.

- Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de ejecución y Procesos Especiales, 2ª ed., Madrid-Barcelona, 2004.

- *Lecciones de Derecho procesal civil*, Madrid, 2012.

ARNAU MOYA, F., *Acción directa y vinculación contractual*, tesis doctoral dirigida por Badenas Carpio, Universitat Jaume I, 2002 [v.e. disponible en <http://hdl.handle.net/10803/10423>].

ATAZ LÓPEZ, J., *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1998.

ATTARDI, A., “Legittimazione ad agire”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IX, Turín, 1957.

- “Legittimazione ad agire”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, t. X, Turín, 1993.
- *Diritto processuale civile*, vol. I (*Parte generale*), 2ª ed., Padua, 1997.

ÁVILA ROMERO, M., “Estudio sobre la legitimación”, en *Revista General de Derecho*, 1961, núm. 196, pp. 218-223.

J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO), Madrid, 2000.

- Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, Madrid, 2015.

BALENA, G., *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990.

BARBERO, D., *La legittimazione ad agire un confessoria e negatoria servitutis con riguardo alla efficacia del giudicato*, Milán, 1937.

BARONA VILAR, S., “La legitimación en el proceso de revisión penal”, en *Justicia*, 1993, II, pp. 237-252.

BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*, Valencia, 1690.

BATLE VÁZQUEZ, M., “Ejercicio de los derechos”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. VIII, Barcelona, 1956.

BECENÑA, F., *Magistratura y justicia*, Madrid, 1928.

E. BELTRÁN e I. TIRADO, “La prohibición de autocontratación de los administradores concursales”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, pp. 87 y ss. [v.e. disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/244/1/articulo.pdf>]

BETTI, E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Padua, 1920.

- *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Roma, 1936.
- *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, 2ª ed., Padua, 1947.
- *Teoría general de las obligaciones* (trad. J. L. de los Mozos), t. II, Madrid, 1970.
- *Teoría general del negocio jurídico* (trad. A. Martín Pérez), Granada, 2000.
- *Diritto sostanziale e proceso* (con F. CARNELUTTI), Milán, 2006.

BIGLIAZZI, L., “Interesse legítimo: Diritto privato”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, t. IX, Turín, 1993.

BINNI, A., “Potere de disposizione”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIII, 1968, pp. 450-457.

BIONDI, P., “Alcuni rilievi sulla posizione dogmatica del pubblico ministero agente”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. VII, Parte I, 1930, pp. 317-332.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi. ¿Galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG Contra Ritrama SpA”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo (2013), vol. 5, núm. 1, pp. 240-253 [v.e. disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1721>].

BONDÍA ROMÁN, “Derecho de participación”, en *Diccionario Jurídico de la Cultura*, coord.. M. Fonseca, disponible v.e. en <http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-de-participacion>.

BONET NAVARRO, A., *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1979.

BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano* (trad. L. Bacci y A. Larrosa de la 8ª ed. italiana), 3ª ed., Madrid, 1965.

BRUNELLI, G., “Azione surrogatoria”, en *Novissimo digesto Italiano*, t. II, Turín, 1957.

BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “Consideraciones del principio de prueba y de la legitimación «ad causam»”, en *La Ley*, núm. 4, 1988, pp. 842-847.

CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La tutela judicial del tercero: estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva en el proceso civil*, Madrid, 2008.

CACHÓN CADENAS, M. y PICÒ JUNOY, J. (coord.), *La ejecución procesal*, Barcelona, 2014.

CACHÓN VILLAR, P., “El acceso a la jurisdicción civil (I): la titularidad de derechos e intereses legítimos: legitimación de las partes. Intervención de terceros. Protección de intereses difusos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1992, pp. 11-67.

CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padua, 1943.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, 2008.

CAMMEO, F., *Lezioni di procedura civile*, Milán, 1910.

CANDIAN, A., *Il processo di fallimento*, Padua, 1939.

CANGINI, T., “L’azione surrogatoria in relazione alla cosa giudicata”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1921, pp. 253-269.

CANTONI, A., “Le origine dell’azione surrogatoria”, en *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, vol. V, 1907, I, pp. 43-55.

CARIGLIA, C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Turín, 2013.

CARLEVAL, T., *Disputationes juris variae, ad Interpretationem Regiarum Legum Castellae, et illis fimilium, tam ex Jure Neapolitano, quam ex utroque Communi Civili, et Canonico*, tomus posterior (*De Judiciis*), Lyon, 1745.

CARNELUTTI, F., “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padua, 1927; ahora también en *Diritto sostanziale e processo* (con E. BETTI), Milán, 2006

- “Responsabilità del committente verso il subappaltatore?”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1935, II, pp. 200 y ss.
- *Sistema de Derecho procesal civil*, t. II, *Composición del proceso* (trad. Alcalá Zamora y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944.
- *Teoria generale del Diritto*, 2ª ed., Roma, año?
- *Teoria generale del Diritto* (trad. F. J. Osset), 3ª ed., Madrid, 1955.
- *Lezioni di Diritto processuale*, vol. 2º, Padua, 1986 (reproducción facsímil del vol. 2º, parte 1ª, *La funzione del processo di cognizione*, ed. 1926).
- *Instituciones del proceso civil* (trad. Sentís Melendo), vol. I, Buenos Aires, 1997.

CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957.

CARPINO, B., “Diritti potestativi”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. XI, Roma, 1989, *separata*.

CASELLA, M., “Gestione di affari. I) Diritto Civile”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. XV, Roma, 1989, *separata*.

CASERO LINARES, L., *El embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2012.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963.

- *Derecho Civil Español, común y foral*, t. III, 13ª ed., 1983.
- *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. II, 4ª ed., Madrid, 1987.

CECHELLA, C., “Sostituzione processuale”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, t. XVIII, Turín, 1998, pp. 638-643.

CEDEÑO HERNÁN, M., *Tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Granada, 1997.

CHARRIN, A., “Conferencia sobre el concepto de parte” leída en la Real Academia de Jurisprudencia el 28 de mayo de 1948, extracto publicado en *Revista de Derecho Privado*, 1948, p. 607.

CHIOVENDA, G., *La condena en costas* (trad. de J. A. de la Puente y Quijano y notas de J. R. Xirau), Madrid, 1928.

- “L’azione nel sistema dei diritti”, en *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930.
- *Istituzioni di Diritto processuale civile*, vol. I, Nápoles, 1933.
- “La acción en el sistema de los derechos”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (trad. de Sentís Melendo), Vol. I, Buenos Aires, 1949, pp. 3-130.
- *Principios de Derecho procesal civil* (trad. de J. Casais y Santaló con notas de A. Salvador Bosque), t. II, Madrid, 2000.

CICU, A., *L’obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milán, 1948.

COBAS COBIELLA, M. E., “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero 2013, pp. 112-129 [disponible v.e. en <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4789187.pdf>].

CONSOLO, C., “Postilla: su arbitrato, azione surrogatoria e designazione degli arbitri”, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, pp. 1528 y ss.

- “Azione surrogatoria”, en *Casi e questioni di diritto privato* (coord. G. BORRÉ y otros), XIV, Milán, 1997, pp. 352 y ss.
- *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. II, Turín, 2010.

COSTANTINO, G., “Legittimazione ad agire”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, separata.

CORDÓN MORENO, F., *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1979.

- “Anotaciones acerca de la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, núm. 2, pp. 305-339.
- “Acción subrogatoria y opción de compra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995, pp. 93-108 [v. e. disponible en <http://bddoc.csic.es:8080/detalles.html?id=268811&bd=JURIDOC&tabla=docu>].
- “Aspectos procesales de la acción subrogatoria”, en *Proceso civil de declaración*, Pamplona, 1996, pp. 81-94.
- “De nuevo sobre la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, I, pp. 45-83.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. J. MUERZA ESPARZA, I. TAPIA FERNÁNDEZ), vol. I, Navarra, 2001.
- “Artículo 10. Condición de parte procesal legítima”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. T. ARMENTA DEU, F. CORDÓN MORENO, J. MUERZA ESPARZA e I. TAPIA FERNÁNDEZ), t. I, 2ª ed., Cizur Menor, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil. Parte general* (con V. MORENO CATENA), 5ª ed., Madrid, 2011.

COSTA, S., *L'intervento coatto*, Padua, 1935.

COTTA, D. D., *Dissertatio iuridica inauguralis de legitimacione ad causam*, Magdeburgo, 1712.

COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano*, 4ª ed., Nápoles, 1929.

CRISTÓBAL MONTES, Á., “El «commodum representationis» del artículo 1186 del Código Civil”, en *Anuario de derecho civil*, 1987, vol. 40, núm. 2, 1987, pp. 601 y ss. [v.e. disponible en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1991-30101901092 ANUARIO DE DERECHO CIVIL El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)].

- La vía subrogatoria, Madrid, 1995.

CRISTOFOLINI, G., “Sulla posizione e sui poteri del p.m. nel processo civile”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, II, pp. 41-43?.

CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.

DA PARMA, R., “Riflessioni sulla surrogatoria (... e sulla riscuacatura di sentenze in Arno)”, en *Il Diritto Fallimentare*, 1961.

D’AMELIO, M., “Articolo 69”, en *Il nuovo Codice di procedura civile. Commentario* (dirig. M. D’Amelio), libro primo, Turín, 1943.

D’AVANZO, W., *La surrogatoria*, Padua, 1939.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 1969.

DE AZURZA Y OSCOZ, P. J., “Capacidad y poder de disposición (glosando una sentencia)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCIII, pp. 674 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, reed. en un solo volumen, Madrid, 1984.

- “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudios de los artículos 1911 y 1111 CC”, en *Revista de Derecho Privado*, año XIX, núms. 226-227, julio-agosto 1932, pp. 194 y ss.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971.

- “Sobre conceptos básicos del Derecho Procesal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, I, p. 199 y ss.
- *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Barcelona, 1980.
- *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1991.
- *Derecho procesal civil* (con M. Á. FERNÁNDEZ), t. I, 3ª ed., Madrid, 1992.
- *Derecho procesal civil* (con M. Á. FERNÁNDEZ), t. I, 4ª ed., Madrid, 1995.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO), Madrid, 2000.
- *Derecho procesal. Introducción* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 2ª ed., Madrid, 2001.
- *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), 2ª ed. Madrid, 2001.
- *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), 3ª ed., Madrid, 2004.
- *Objeto del proceso y cosa juzgada*, Madrid, 2005.

- *Curso de Derecho procesal civil I* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 1ª ed., Madrid, 2012.
- *Curso de Derecho procesal civil I* (con I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 2ª ed., Madrid, 2013.

DE MARSICO, A., *Diritto processuale penale* (4ª ed. actualizada por G. D. Pisapia), Nápoles, 1966.

DE MARTINI, A., “Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione altrui”, en *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civile*, 1949, I, pp. 437-443.

DE MAURO, G. B., “I sostituti processuali nel Diritto giudiziario penale”, en *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, núm, 5.

DE MIGUEL Y ALONSO, C., “Legitimación procesal”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1974.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil*, I, 3ª ed., Madrid, 2008.

DE SANCTIS RICCIARDONE, A., “Surrogatoria (azione)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1993, separata.

DE SIMONE, E., “Rappresentanza in giudizio (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIV, Turín, 1967, pp. 857 y ss.

DE TAPIA, E., *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legislas*, t. IV, Valencia, 1837.

DEGENKOLB, H., *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877.

DEL GIUDICE, C., “Azione surrogatoria”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1957, pp. 824-854.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 1.302”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), t. XVII, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Manual de las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003.

DELLA ROCA, “Parti (Diritto processuale canonico)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XII, Turín, 1965, pp. 509-512.

DELL’ANDRO, E. M., “Sostituzione b), Diritto processuale penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLIII, Milán, 1990.

DEMOLOMBE, C., *Cours de code Napoléon*, t. IX, 3ª ed., París, 1870.

DI BLASI, F. U., “Sostituzione processuale”, en *Nuovo Digesto italiano*, Turín, t. XVIII, 1940, pp. 649-652.

- “Sostituzione processuale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1957, pp. 993-998.

DI MAJO, A., “Legittimazione negli atti giuridici”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, Milán, 1974.

DI SEMO, G., “Gestione di affari altrui (Diritto vigente)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VII, Turín, 1957.

DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A., *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)*, Murcia, 2012 [disponible v.e. en <http://hdl.handle.net/10201/27996>].

- “La ejecución de sentencias dinerarias en las Partidas”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 163-182 v.e. disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11129>].

DÍAZ NOGUEROL, P., *Elenchus argumentorum allegationum iuris*, Lyon, 1693.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un recorrido por algunas cuestiones básicas del Derecho procesal como disciplina jurídica”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 12-13, 1994-1995, pp. 265-296.

- “Artículo 24. Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. ALZAGA VILLAAMIL), Tomo III, Madrid, 1996, pp. 19-123.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con A. DE LA OLIVA SANTOS, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO), Madrid, 2000.
- *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con A. DE LA OLIVA SANTOS), 2ª ed., Madrid, 2001.
- “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, 2002, pp. 1-10.
- *Curso de Derecho procesal civil I* (con A. DE LA OLIVA SANTOS, J. VEGAS TORRES), 1ª ed., Madrid, 2012.
- *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General* (con A. de la Oliva Santos y J. Vegas Torres), 2ª ed., Madrid, 2013.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 137-145 [v. e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1959_A_NUARIO_DE_DERECHO_CIVIL].

- “El contenido de la relación obligatoria”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 17, núm. 2, 1964, pp. 349-366 [v. e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1964_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=2&lang=fr].

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, 2ª edición, Madrid, 1973, reimpr. 1979.
- *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979.
- “Comentario al art. 1888”, en *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Madrid, 1996.
- *Derecho de daños*, 1ª ed., 2ª reimpr., Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 6ª ed., Madrid, reimp. 1998.

- *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 10ª ed., Madrid, 2001.
- *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, 2001.
- *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/2, ? ed., Madrid, año?.

DISTASO, N., “L’azione surrogatoria”, en *Banca, borsa e titoli di crédito*, 1971, pp. 271-275.

DOMAT, J., *Le legge civili disposte nel loro ordine naturale* (con adic. A. Padovani), t. III, Florencia, 1834.

D’ONOFRIO, P., *Identificazioni delle azioni in rapporto alla teoría della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, 1924.

- *Commento al nuovo codice di procedura civile*, t. I, Padua, 1941.
- *Commento al Codice di procedura civile*, t. I, 3ª ed., Turín, 1953.

D’ORS, Á., *Derecho privado romano*, 9ª ed., Pamplona, 1997.

DUBARRY, J., *La cohérence d’ensemble des articles 1165, 1166 et 1167 du Code civil*, (Mémoire de Master, dir. R. LIBCHABER), Université Paris I (Panthéon–Sorbonne), 2008 [v.e. disponible en <http://www.droitcompare.fr/Resources/Memoire%20entier.pdf>].

DURANTIS, G., *Speculum iuris* (cum Ionan. Andreae, Baldis), Frankfurt, 1612.

ENCISO CALVO, Á., “Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1936, números de abril (pp. 126-133), mayo (pp. 165-175) y junio (pp. 210-228).

ESCOBEDO, G., “Rappresentaza e sostituzione processuale” en *La Giustizia Penale. Rivista critica di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, vol. XL, parte 3ª, Roma, 1934, pp. 610-665.

ESPÍN ALBA, I., “El caso Fundación Gala–Salvador Dalí Vegap: la transmisión mortis causa del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum*

Teodora F. Torres García, Madrid, 2014 [disponible v.e. en <http://pidcc.com.br/artigos/072014/14082014.pdf>].

EULA, E., “Condizioni, modalità ed affetti della azione surrogatoria”, en *Codice Civile. Libro della tutela dei diritti*, II, Florencia, 1943.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “La acción, el Derecho procesal y el Derecho político”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 75-121.

- *Doctrina general del Derecho procesal (Hacia una teoría y ley procesal generales)*, Barcelona, 1990.
- *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia. La ordenació del Rey Don Martín I de 1403*, Valencia, 2004.

FALZEA, A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milán, 1939.

FAZZALARI, E., “Sostituzione processuale (Diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, t. XLIII, Milán, 1990.

- *Istituzioni di Diritto processuale*, 8ª ed., Milán, 1996.

FENECH, M., *Derecho procesal civil, Introducción. Procedimientos ordinarios de declaración y de ejecución*, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ CARRON, C., *La tercería de mejor derecho*, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 20 de abril de 1989”, en *La Ley*, núm. 3, 1989, pp. 984-988.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Á., *Derecho procesal civil*, t. III, 4ª ed., Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Á., RIFÁ, J. M. y VALLS, J. F., *Derecho procesal práctico*, t. II, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, en *Anales de Derecho*, núm. 20, 2002, pp. 35-53 [<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56711>]

FERRARA, F., “Natura giuridica dell’azione surrogatoria”, en *Foro Italiano*, 1904, I, pp. 1401 y ss.

FIGA FAURA, L., “La acción subrogatoria”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IX, 1957, pp. 271 y ss.

FONT SERRA, E., “La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro”, en *Revista General de Derecho*, núm. 552, septiembre 1990, pp. 6309-6347.

- “Sustitución procesal (Derecho procesal)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, t. IV, Madrid, 1995.
- *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*, Madrid, 2004.

- FROSINI, V., “Esercizio del diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Turín, 1968.
- GALANTE, V., *Diritto processuale civile (parte generale)*, 2ª ed., Napolés, 1909.
- GALLI, B., “Sul concetto di parte e sul mandato alle liti nel proceso civile”, en *La Legge*, L, núm. 5, 1909, pp. ?.
- GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milán, 1942.
- “Legittimazione all’apello del sostituto processuale”, en *Il Foro Padano*, 1952, pp. 1034-1035.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, pp. 427-448.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios*, t. IV, Madrid, reimpr. 1973.
- GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. M. A. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombáu), t. I, 1ª ed., Barcelona, 2000.
- GARRALDA ARIZCUN, G., “La legitimación en el proceso declarativo de nulidad matrimonial”, en *Cuadernos Doctorales de Derecho Canónico. Excerpta e dissertationibus in Iure Canonico*, 1993, núm. 10, pp. 14-84 [v. e. disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/10650>].
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003.
- GASPAR LERA, S., “Eficacia subjetiva del arbitraje”, en *Actualidad Civil*, 1999 (43), pp. 1387-1420.
- GIAMPICCOLO, G., “Azione surrogatoria”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milán, 1959.
- GIL MINGUILLÓN, S., *La litispendencia arbitral internacional. Extensión de la eficacia del convenio*, La Rioja, 2014 [v.e. disponible en <http://dialnet.unirioja.es/download/libro/13814.pdf>].
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Madrid, 2010.
- GIOIA, A., *L’azione surrogatoria nel diritto vigente*, Nápoles, 1955.
- GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil* (trad. de la 2ª ed. alemana por L. Prieto-Castro con adiciones de N. Alcalá-Zamora Castillo), Barcelona, 1936.
- GÓMEZ CALERO, J., *La acción subrogatoria –artículo 1111 del Código Civil–*, tesis doctoral dirigida por A. De Cossío, Universidad de Sevilla, 27 marzo de 1958.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1843.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Justicia*, núm. 3, 1986, pp. 549-576.

GÓMEZ ORBANEJA, E., “Legitimación y representación”, en *La Notaría*, 1948, y en *Derecho y proceso*, Cizur Menor, 2009, pp. 249 y ss.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, 1951.
- *Derecho procesal civil*, I, 4ª ed., Madrid, 1955.
- *El ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975.
- *Derecho procesal civil*, I (Parte general. El proceso declarativo ordinario), 8ª ed., Madrid, 1976.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 6 a 11”, en *Revista Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2004, pp. 1-30 [v.e. disponible en http://www.indret.com/pdf/232_es.pdf].

- La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil, Valencia, 2006.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 13, 14 y 15», en *Revista Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2005, pp. 1-39 [v.e. disponible en http://www.indret.com/pdf/271_es.pdf].

GORDILLO CAÑAS, A., “Representación voluntaria (Derecho civil)”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Madrid, 1995.

GORLA, G., “Del pegno e delle ipoteche. Art. 2784-2899”, en *Commentario del Codice Civile* (dir. A. Scialoja y G. Branca), 3ª ed., Bolonia-Roma, 1962.

GRAZIADEI, M. y SACCO, R., “Sostituzione e rappresentanza”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, t. XVIII, Turín, 1998.

GRANDE SEARA, P., *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia, 2008.

GRAZIANI, A., “Negozio di gestione e procura”, en *Studi di Diritto civile e commerciale*, Napolés, 1953.

GUARNIERI, F., *Las partes en el proceso penal* (trad. y notas de C. Bernaldo de Quirós), Puebla, 1952.

GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Madrid, 1943.

- *Derecho procesal civil, Introducción y parte general*, t. I, 3ª ed., Madrid, 1968.
- “La pretensión procesal”, en *Estudios jurídicos*, Madrid, 1996.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Caracteres generales de la acción subrogatoria en el Derecho español”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, vol. XVII, 1956, separata.

- “La acción subrogatoria”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1959, pp. 102 y ss.

GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., “Bosquejo del *pignus in causa iudicati captum* (Una forma romana de ejecución procesal forzosa)”, en *Estudios Jurídicos*, Sevilla, 1978.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y MONJE BALMASEDA, O., “La Administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español”, en *Ética y jurisprudencia*, Venezuela, núm. 3, 2004, pp. 9-55 [disponible v.e. en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/3/uvvm_2004_3_9-55.pdf].

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “La excepción dilatoria de falta de carácter”, en *Revista de Derecho Procesal*, II, abril-junio 1968, pp. 121 y ss.; y en *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974.

GUTIÉRREZ DE CABIEBES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, 1999.

- “A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable”, en *Revista del Poder Judicial*, 1999, abril-junio, núm. 54, pp. 211-276.
- “La legitimación activa: naturaleza jurídica y tratamiento procesal; su confusión e indebida mezcolanza con otros fenómenos y categorías procesales (TS 3ª Secc. 6ª S 9 de febrero de 1999)”, en *Tribunales de Justicia*, 2000, núm. 1, enero, pp. 74-80.
- “Propiedad intelectual. Naturaleza y requisitos de la actuación procesal de la SGAE: la proverbial confusión jurisprudencial (pen)última palabra”, en *Tribunales de Justicia*, 2000/10, pp. 1117-1123
- «Artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. CORDÓN MORENO y otros), t. I, 2ª ed., 2011.

HEBIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, t. II, Madrid, 1797.

HELLWIG, K., *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905.

- *System des denstschon Civilprozessrechts*, Leipzig, 1912 (reed. 1968).

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *La herencia yacente*, Barcelona, 1995.

INVREA, F., “Possibilità giuridica e legittimazione”, en *Revista di Diritto processuale civile*, 1939, pp. 322 y ss.

JAEGGER, N., *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Turín, 1944.

JIMÉNEZ BLANCO, P., “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 140, noviembre 2009, pp. 741-765.

JORDÁN, M. L., “El “ius accusandi” de los cónyuges en el proceso de nulidad matrimonial”, en *Ius canonicum*, 1965, vol. VVV, núm. 49, pp. 157 y ss. [disponible v.e. en <http://hdl.handle.net/10171/16963>].

JORDANO FRAGA, F., *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria*, Madrid, 1996.

- “La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, núm. 2, abril 1997, pp. 501-630 [v.e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1997_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=2].

JUAN SÁNCHEZ, R., “La mal llamada «acción subrogatoria» del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los artículos 43 y 82 LCS”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 145, enero 2011, pp. 163-176.

- “El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil”, en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento crítico*, núm. 10, 2011, pp. 215-250.
- *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Cizur Menor, 2014.

KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, Múnich, 1966.

- *Derecho romano privado*, trad. de la 5ª ed. por J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid, 1968.

KISCH, W., *Elementos de Derecho procesal civil* (trad. de la 4ª ed. alemana y adiciones de L. Prieto–Castro), Madrid, 1932.

KOHLER, J., “Der Dispositionsniessbrauch”, en *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. XXIV, 1886, pp. 187 y ss.

- *Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888.
- *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlín, 1894.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. III, julio–septiembre 1950, pp. 1100 y ss. [v.e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1950_A_NUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=4&lang=fr]

- “Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente”, en *Estudios jurídico–sociales en homenaje al profesor Legaz y Lacambra*, 1, Santiago de Compostela, 1960, separata.

- “La gestión de negocios sin mandato”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1975, pp. 245-270.
- Elementos de Derecho Civil, t. I-II, Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A. y otros, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 3º, Madrid, 1999.

LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.

LANZA, V., “Sostituzione processuale e rappresentanza in tema di querela”, en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1914, I, pp. 501 y ss.

LENT, F., *Diritto processuale civile tedesco*, parte I, *Il procedimento di cognizione* (trad. de la 9ª ed. alemana de 1959 de E. F. Ricci), Napolés, 1962.

LEONE, G., *Trattato di Diritto processuale penale*, I (*Dottrine generali*), Napolés, 1961.

LEÓN ALONSO, J., “La conservación del patrimonio del deudor. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 7 de abril de 1994”, en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, pp. 385 y ss.

- “Comentarios a los artículos 1721 y 1722”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. M. Albadalejo y S. Díaz-Alabart), t. XXI, vol. 2, Madrid, 1986.

LIEBMAN, E. T., “L’azione nella teoría del processo civile”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950, pp. 47-71.

- *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milán, 1957.

LIPARI, F. G., “Gestione d'affari e rappresentaza processuale”, en *Studi di Diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del Suo insegnamento*, t. II, Padua, 1927.

LÓPEZ BERENGUER, J., *La colisión de derechos originada por los contratos incompatibles celebrados simultáneamente por mandante y mandatario*, Murcia, 1956.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico* (con V. GIMENO SENDRA y otros), t. I (artículos 1 a 98), Madrid, 2002.

LORETO, L., “Contribución al estudio de la excepción de la inadmisibilidad por falta de cualidad”, en *Ensayos jurídicos*, Caracas, 1970, pp. 15-76 [<http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-03.pdf>].

LOZANO-HIGUERO PINTO, M., “Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos”, en *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998.

- “Artículo 10”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. A. M. Lorca navarrete), Valladolid, 2000.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 1551”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. M. Albadalejo y S. Díaz-alabart), t. XX, vol. I, Madrid, 2005.

LUPOI, M., “L’azione surrogatoria intracomunitaria”, en *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche* (coord. LUPOI), Santarcangelo di Romagna, 2011.

LUZZATO, G. I., “Eccezione. A) Diritto Romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Milán, 1965.

MANDRIOLI, C., *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel process civile*, Milán, 1957.

- *La rappresentanza nel processo civile*, Turín, 1959.
- “Delle parti e dei difensori”, *Commentario del Codice di procedura civile* (dir. Allorio), t. I, 2, Turín, 1973.
- “Articolo 81”, *Commentario al Codice di procedura civile* (dir. ALLORIO), t. I, 2, Turín, 1973.
- *Diritto processuale civile*, I (*Nozione introduttive e disposizioni generali*), 13ª ed., Turín, 2000.

MANFREDINI, G., “Appunti in tema di azione surrogatoria”, en *Il Foro Italiano*, 1937, I.

MANZINI, V., *Tratado de Derecho procesal penal* (trad. de la 3ª ed. Italiana, a cargo de S. Sentís Melendo, con prólogo de de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1951.

MARCADÉ, V. y PONT, P., *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, 3ª versión italiana de la 6ª ed. Francesa, Napolés, 1882.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 54. Ejercicio de las acciones del concursado”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. BERCOVITZ), Madrid, 2004 [v.e. disponible en separata en https://www.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_cap_4_art54.pdf].

- “Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de la tercería de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía (fiducia cum creditore)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, núm. 70, § 1878, pp. 427 a 455.

MASSARI, A., “Gestione e ratifica nel proceso”, en *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXI, 1959, pp. 121-124.

MESSINA, G., “Diritti potestativi”, en *Scritti giuridici*, t. V, Milán, 1948.

MICHINEL ÁLVAREZ, M., “Aspectos de derecho internacional privado del embargo transfronterizo de cuentas bancarias en la U.E. (Sobre el Libro Verde

de 24 de octubre de 2006)”, en *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 6, 2006, pp. 467-480 [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/vigo_university_es.pdf].

- “El cobro de deudas en el proyecto OHADAC: seis propuestas en busca de autor”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 22, diciembre 2011, pp. 1-15 [<http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/cobro-deudas-proyecto-ohadac-seis-propuestas-busca-autor>].
- “Primer caso: el embargo internacional de créditos”, en *Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*, Madrid, 2012.

MIGUEL TRAVIESAS, M., “La representación voluntaria”, en *Revista de Derecho Privado*, núms. 106 y 107, julio-agosto 1922, pp. 193 y ss.

MIGUEL Y ROMERO, M., *Derecho procesal teórico (procedimientos judiciales)*, t. II, Madrid, 1934.

MIQUEL SALA, R., “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4 (2012), núm. 2, pp. 217 y ss. [v.e. disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1619>].

MONTELEONE, G. A., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milán, 1975.

- *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padua, 1978.

MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994.

- *Derecho jurisdiccional* (con M. ORTELLS RAMOS y J. L. GÓMEZ COLOMER), t. II, Proceso civil, vol. I, Barcelona, 1994.
- *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997.
- “La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual”, en *Poder Judicial*, núm. 45, 1997, pp. 241-290.
- *Derecho jurisdiccional* (con M. ORTELLS RAMOS, J. L. GÓMEZ COLOMER y A. MONTÓN REDONDO), t. II, Proceso civil, 8ª ed., Valencia, 1998.
- *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Madrid, 1998.
- *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000.
- *Derecho jurisdiccional* (con M. ORTELLS RAMOS, J. L. GÓMEZ COLOMER y A. MONTÓN REDONDO), t. II, Proceso civil, 12ª ed., Valencia, 2003.

- *Derecho jurisdiccional* (con J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR), t. III, Proceso penal, 11ª ed., Valencia, 2002.
- *Derecho jurisdiccional* (con J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR), t. III, Proceso penal, 12ª ed., Valencia, 2004.
- *Derecho jurisdiccional* (con J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR), t. II, *Proceso civil*, 18ª ed., Valencia, 2010.
- *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007.
- *Tratado de proceso de ejecución civil*, 2ª ed., Valencia, 2013.
- MONTERO AROCA, J. y ORTELLS RAMOS, M., “La acción (un intento de aclaración conceptual)”, en J. MONTERO AROCA, *Ensayos de Derecho procesal*, Barcelona, 1996, pp. 117-144.

MONTES PENADÉS, V. L., “Artículo 1119”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBADALEJO), t. XVI, vol. 2, Madrid, 1981.

MONTESANO, L. y ARIETA, G., *Diritto processuale civile, I (Le disposizioni generali)*, 3ª ed., Turín, 1999.

MORACE PINELLI, A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milán, 2007.

MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. GIMENO SENDRA), 2ª ed., Madrid, 1997.

- *Derecho procesal civil. Parte general* (con V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. GIMENO SENDRA), 4ª ed., Madrid, 2001.
- *Lecciones de Derecho procesal penal* (con V. GIMENO SENDRA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), 2ª ed., Madrid, 2003.
- *Derecho procesal civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. 5ª ed., Madrid, 2011.

MORÓN PALOMINO, M., “Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa”, en *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, vol. II, Madrid, 1979.

- *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*, Madrid, 1993.

MOTTO, A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Turín, 2012.

MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. J. MUERZA ESPARZA, I. TAPIA FERNÁNDEZ), vol. I, Navarra, 2001.

- *Derecho procesal penal* (con A. de la OLIVA SANTOS, S. ARAGONESES MARTÍNEZ, R. HINOJOSA SEGOVIA y J. A. TOMÉ GARCÍA), 6ª ed., Madrid, 2003.

C. MUNIER, “El concepto de «dominium» y «propietas» en los canonistas y moralistas desde el siglo XVI al XIX”, en *Ius canonicum*, vol. 2, núm. 4, 1962, pp. 469 y ss. [v.e. disponible en <http://hdl.handle.net/10171/13785>].

MUÑOZ ROJAS, T., “Parte y justa parte en el proceso civil”, en *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, octubre–diciembre 1960, pp. 48 y ss.

MURGA, J. L., *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Zaragoza, 1980.

MURRA, R., “Parti e difensori”, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, XIII, 1995.

NAPPI, G., *Comentario al Codice di procedura civile*, vol. 1º, parte II, Milán, 1941.

NENCIONI, G., “Sostituzione processuale e legittimazione”, en *Foro Italiano*, 1935, IV, pp. 379-396.

- *L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile. Contributo ad una nuova sistematica dell'intervento*, Padua, 1936.

NICOLÒ, R., “Articolo 2900”, en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Libro Sexto, Roma, 1953.

- “Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale”, en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Roma, 1960, pp. 11 y ss.

NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, Madrid, 2004.

- “Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional”, *Justicia*, 2008, nº 3-4, pp. 295-344.

NÚÑEZ-LAGOS, R., *Comentarios al Código Civil Scaevola*, t. XXX, vol. 1, Madrid, 1957.

OBARRIO MORENO, J. A., “El embargo en la literatura jurídica de los reinos hispano medievales”, en *Glossae: European Journal of Legal History*, núm. 10, 2013, pp. 303-345.

OCAÑA RODRÍGUEZ, R., “La legitimación originaria y sucesiva en los procesos de nulidad matrimonial”, en *Ius Canonicum*, vol. 27, núm. 53, 1987, pp. 181-197.

ORESTANO, R., “Rappresentanza. Diritto romano”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. XIV, Turín, 1967, pp. 795 y ss.

ORLANDIS ROVIRA, J., “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval (Notas para un estudio)”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 14, 1943, pp. 81 y ss. [v.e. disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1942-10008100183 ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPA%26%231103%3BLa prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval (Notas para un estudio)].

OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil: facultades procesales del interviniente*, Madrid, 2007.

ORTELLS RAMOS, M., “Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado”, en *La Ley*, 1996, I, pp. 1807-1810.

- *Derecho procesal civil* (con otros), 3ª ed., Navarra, 2002.
- «Intervención de terceros en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000: Legitimación, información de la pendencia del proceso y poderes del interviniente», en *Rigor doctrinal y práctica forense. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Vázquez Sotelo*, Barcelona, 2009.
- *Derecho procesal civil* (con otros), 9ª ed., Pamplona, 2009.
- *Derecho procesal civil* (con otros), 13ª ed., Cizur Menor, 2014.

PALLARÉS, E., “Acción procesal, propiamente dicha”, en *Diccionario de Derecho procesal civil*, 10ª ed., México, 1988.

PANTALEÓN PRIETO, A. F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho civil*, 1991, vol. 43, núm. 3, pp. 1019-1091.

- “Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo”, en *Comentario al régimen legal de la sociedad anónima* (dir. R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA), t. IV, Madrid, 1992.

PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.

PATTI, S., “L’azione surrogatoria”, en *Trattato di diritto privato*, Turín, 1985.

PÉREZ GALLARDO, L. B., “Las obras póstumas”, en *Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas* (coord. E. SERRANO GÓMEZ), Madrid, 2014.

PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada, 1998.

PICCARDI, N., *Manuale del processo civile*, 2ª ed., Milán, 2010.

PICÓ I JUNOY, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. por A. M. LORCA NAVARRETE), Valladolid, 2000.

- PICÓ JUNOY, J. (coord.), *La ejecución procesal*, Barcelona, 2014

PINO ABAD, M., “La cláusula de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015.

PLANCK, G. J., *De legitimatione ad causam*, Göttingen, 1837.

PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 2, 8ª ed., París, 1921.

POVEDA BERNAL, M. I., *La legitimación subrogada del artículo 1111 del Código civil*, Madrid, 1999.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Exposición del Derecho procesal civil de España*, t. I, Madrid, 1941.

- *Cuestiones de Derecho procesal*, Madrid, 1947.
- *Tratado de Derecho procesal civil*, t. II, Madrid, 1952.
- *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1968.
- “Discurso a una promoción de licenciados”, en *Temas de Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979.
- *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, Pamplona, 1982.
- *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1985.

PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, t. I, Madrid, 1972.

PROTO PISANI, A., *Opposizione di terzo ordinaria (art. 404 1º comma c.p.c.)*, Nápoles, 1965.

- “Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, pp. 1216-1266.
- *Lezioni di Diritto processuale civile*, 3ª ed., Nápoles, 1999.

PROVERA, G., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Turín, 1989.

PUGLIATTI, S., *Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante. Contributo alla teoria generale della rappresentanza*, Messina, 1928.

- “Esercizio del diritto”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XV, Milán, 1966.

PUGLIESE, G., “Azione (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. II, Turín, 1957, pp. 24-29.

QUADRATO, R., “Rappresentanza in generale. a) Diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Milán, 1987.

RAMOS GUTIÉRREZ, M., *La protección de la memoria defuncti* (tesis doctoral dir. E. LLAMAS POMBO), Universidad de Salamanca, 2012.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., Barcelona, 1992.

- *Enjuiciamiento civil*, vol. I, Barcelona, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latin y castellano: cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, 1815.

RENTI, E., *Il giudizio con pluralità di parti*, 1ª ed., Milán, 1911, reimp. 1960.

RENDE, D., “Rappresentanza e sostituzione processuale nel processo penale”, en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1914, I, pp. 664 y ss.

RESCIGNO, P., “Legittimazione. Diritto sostanziale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IX, 1963.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996.

RIAÑO BRUN, I., *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Navarra, 2002.

RICA-BARBERIS, M., *Preliminari e commento al Codice di procedura civile*, vol. 1º, Turín, 1946.

F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, 1ª ed., Madrid, 2010.

ROBLES GARZÓN, J. A., “El acusador privado”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1978, núms. 2-3, pp. ?.

ROCA JUAN, J., “Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (notas al artículo 1.186 del Código Civil”, en *Estudios en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. II, Madrid, 1976.

ROCA SASTRE, R. y PUIG BRUTAU, J., “El principio de la responsabilidad patrimonial universal”, en *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 2009.

ROCCO, A., “Studi sulla teoria generale del fallimento”, en *Rivista Diritto Commerciale*, 1910, I, pp. 682 y ss.

- *La legittimazione ad agire*, Roma, 1929.
- *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. I, Nápoles.
- *Trattato di diritto processuale civile*, I, Turín, 1957.

RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2003.

C. ROGEL VIDE, *La nuda propiedad*, Madrid, 2015.

ROMUALDI, G., *L'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione* (tesis doctoral coord. P. Biavati, tutel. R. Caponi), Università di Bologna, 2007.

RONDINONE, N., *Storia inedita della codificazione del 1942*, Milán, 2003.

ROSELLI, F., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, 2ª ed., Turín, 1997.

ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, t. I (trad. de la 5ª ed. alemana de Á. Romera Vera), Buenos aires, 1955.

ROSENBERG, L., SCHWAB, K. y GOTTWALD, P., *Zivilprozeßrecht*, 14ª ed., Munich, 1993.

RUBINO-SAMMARTANO, M., *Il diritto del arbitrato*, I, 6ª ed., Padua, 2006.

SACCO, R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Turín, 1955.

- “Osservazioni sulla figura del creditore che procede in via surrogatoria”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1955, pp. 29-134.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B., “Selección de cuestiones procesales sobre partes, jurisdicción, competencia y acumulación en la LEC”, en *Los procesos declarativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los diez años de su vigencia. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma* (coord. J. BANACLOCHE PALAO), Madrid, 2012.

SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J. L., “Prenda y embargo de acciones”, en *Derecho de sociedades anónimas* (coord. por A. ALONSO UREBA, J. DUQUE DOMÍNGUEZ, G. ESTEBAN VELASCO, R. GARCÍA VILLAYERDE y F. SÁNCHEZ CALERO), t. II, vol. 2, Madrid, 1994.

SANDONÀ, A., *Alle origini del libro “Della Tutela dei diritti”*: “storia esterna”, natura ed ascendenze legislative, dottrinali e giurisprudenziali del VI libro del vigente Codice civile (tesis doctoral dirigida por C. STORTI), Università degli Studi di Milano, 2011.

SANPONTS y BARBA, I., MARTÍ DE ÉIXALA, R. y FERRER Y SUBIRANA, J., *Las siete partidas del sabio Rey D. Alfonso el X con las variantes de mas interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, t. II, Barcelona, 1844.

SANTOS BRIZ, J. y GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentarios al art. 1888”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBADALEJO), Madrid, 1984.

SATTA, S., “Il concetto di parte”, en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padua, 1958.

- “Articolo 81”, *Commentario al Codice di procedura civile*, I (Disposizioni generali), Milán, 1966.
- “Variazioni sulla legittimazione ad causam”, en *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padua, 1968, reimp. 2004.
- *Diritto processuale civile* (con C. PUNZI), 12ª ed., Padua, 1996.

SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1841, t.V.

SAXOFERRATO, B., *Bartoli interpretum iuris civilis Coryphæi, in tertium tomum Pandectarum, Digestum novum commentari*, Basilea, 1562.

SCHILMAN, B. D., “Shuld y haftung. Concepto. Origen. Alcance. Consecuencias”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 35, 1967, Buenos Aires, pp. 121-133.

SCHÖNKE, A., “Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein zivilprozessualer Grundbegriff”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 150, 1949, pp. 216-234.

- *Derecho procesal civil* (trad. de la 5ª ed. alemana de 1948), Barcelona, 1950.

SEGNI, A., *L'intervento adesivo*, Roma, 1911.

- “Gestione d'affari del fallito e proceso”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939, II, pp. 97-109.
- “Intervento in causa (Diritto processuale civile)”, en *Novísimo digesto italiano*, VIII, año?, Turín, pp. ?.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969.

- “Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974.
- “Artículo 1231”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBADALEJO), t. XVI, vol. 2, Madrid, 1981.
- “Partes en el proceso”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1989.
- “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación”, en *Justicia*, I, 1997, pp. 289-314.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2012, pp. 1-35.

SICCHIERO, G., *La responsabilità patrimoniale*, vol. 2, Turín, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, A., “La relación obligatoria, I: requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el derecho español y comparado desde sus raíces romanas”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVIII, 2007, pp. 83 y ss.

SIRVENT GARCÍA, J., *La acción subrogatoria*, Madrid, 1998.

- “A propósito de la eficacia de la acción subrogatoria frente al que adquiere de mala fe del deudor deudoris en un supuesto de permuta de solar por casa de futura construcción. Comentario a la STS de 19 de julio de 2011”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 28, 2012, pp. 469-476.

STEGEMANN, F., “Die parteien im Prozess”, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, XVII, 1892.

STELLA, G., “L'azione surrogatoria”, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1991, II, pp. 288-293.

TAGLIAPIETRA, S., “Azione surrogatoria in funzione satisfattiva?”, en *Quadrimestre*, 1991, pp. 128-169.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Transacción y cosa juzgada. Legitimación de los Colegios Profesionales”, en *Revista General de Derecho*, núm. 544-545, enero-febrero, 1990, pp. 49-61.

- *El objeto del proceso; alegaciones; sentencia; cosa juzgada*, Madrid, 2000.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. J. MUERZA ESPARZA, I. TAPIA FERNÁNDEZ), vol. I, Navarra, 2001.
- *La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil)*, Madrid, 2010.

THON, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878.

I. TIRADO, *Los administradores concursales*, 1ª ed., Madrid, 2005.

I. TIRADO y E. BELTRÁN, “La prohibición de autocontratación de los administradores concursales”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, pp. 87 y ss. [v.e. disponible en <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/244/1/articulo.pdf>]

TOMEI, G., “Legittimazione ad agire”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, Milán, 1974.

TOMMASEO, F., *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milán, 1975.

- “Parti” (Diritto processuale civile), en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXII, 1981.
- “Rappresentanza processuale. I. Diritto processuale civile”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXV, 1991.
- *Appunti di Diritto processuale civile. Nozioni introduttive*, 3ª ed., Turín, 1995.

TROCKER, N., *L'intervento per ordine del giudice*, Milán, 1984.

UBALDI PERUSINI, B., *Commentaria in digestum vetus et novum et codicem*, vol. 1, Venecia, 1577.

URQUIZU MEJÍAS, O. J., *La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español* (tesis doctoral dirigida por J.A. OBARRIO MORENO), Universidad de Valencia, 2012.

VALCARCE, F. R., “Excepción de falta de personalidad”, en *Revista de Derecho Procesal. Publicación iberoamericana y filipina*, 1956, núm. 1., pp. ?.

VARELA GIL, C., *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho romano*, Madrid, 2007.

VECCHI, P. M., *L'azione diretta*, Padua, 1990.

VECCHIO, M., “Brevi note sulla pretesa funzione esecutiva dell'azione surrogatoria”, en *Foro Italiano*, 1973, I, pp. 1931-1935.

VEGAS TORRES, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con A. DE LA OLIVA SANTOS, I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, y J. BANACLOCHE PALAO), Madrid, 2000.

- *Curso de derecho procesal civil II. Parte especial* (con A. DE LA OLIVA SANTOS), 1ª ed., Madrid, 2012.

VILLAVICENCIO ÁREVALO, F. F., “La facultad de disposición”, en *Anuario de Derecho Civil*, III, julio–septiembre 1950, pp. 1025-1056.

VINCENT LÓPEZ, C., *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Valencia, 1999.

VOCINO, C., “La testimonianza del debitore surrogando”, en *Temi Emiliana*, 1940, I, 1, pp. 305-359.

- “Sul processo col preteso rappresentante”, *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1946, vol. XXII, t. I, pp. 499-504.

VOLLKOMMER, M., en R. ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung*, 21ª ed., Colonia, 1999.

VON BÜLOW, O., “Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß”, *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, Tomo 31, 1903, págs. 191-270.

VON DALE, J., *Disputatio juridica de legitimatione*, Leigzip, 1675.

VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán* (trad. Tito Ravá), vol. III, Buenos Aires, 1948.

WACH, A., “Der Rechtsschutzanspruch”, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß*, Tomo 32, 1903, págs. 1-34.

- *La pretensión de declaración* (trad. Juan Semon), Buenos Aires, 1962.
- *Manual de Derecho procesal civil* (trad. de la ed. alemana de 1885 por T. A. Banzhaf con estudio preliminar de N. Alcalá-Zamora y Castillo), t. II, Buenos Aires, 1977.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en *Tratado de Responsabilidad civil* (coord. L. F. REGLERO), Madrid, 2002.

ZANZUCCHI, M. T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in apello*, Milán, 1916.

- *Il nuovo diritto processuale civile*, I, Milán, 1941.
- “La «sostituzione processuale» nel nuovo código di procedura civile, en *Monitore dei Tribunali*, núm. 1, 1942, pp. ?.
- *Diritto processuale civile*, I, 6ª ed., Turín, 1964.

ZUCCHONI GALLI FONSECA, E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milán, 2004.

ZUCCONI, C., “L'origine storica dell'azione surrogatoria”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 749 y ss.